

Bird & Bird & Newsletter &  
Medien & Oktober 2014

Es gibt viele Kanzleien & es gibt **Bird & Bird**



## Wettbewerbs- und Werberecht

Kinderwerbung: Direkte Ansprache verboten, Rabatte für gute Noten erlaubt ..... <i>Dr. Stefan Engels</i>	6
BGH verschärft Anforderungen an Geschäftsführerhaftung für Wettbewerbsverstöße der Gesellschaft <i>Dr. Thomas Büchner</i>	7
BGH: Irreführende Werbung mit gesetzlich bestehenden Rechten setzt keine hervorgehobene Darstellung voraus ..... <i>Dr. Thomas Büchner</i>	9
Unzulässig: Gewinnspiel zur Einholung von Werbeeinwilligungen Minderjähriger ..... <i>Dr. Beatrice Brunn, MCL</i>	11
In der Werbung mit wissenschaftlich umstrittener Wirkung muss auf die Gegenmeinung hingewiesen werden ..... <i>Dr. Thomas Büchner</i>	12
Neues zur Testsiegerwerbung ..... <i>Dr. Beatrice Brunn, MCL</i>	14
OLG Hamm: Streitwert von unerwünschten Werbe-E-Mails kann unter 100 Euro liegen ..... <i>Dr. Beatrice Brunn, MCL</i>	15

## Online und Mobile

Pro Transparenz: BGH entscheidet zum Screen Scraping ..... <i>Dr. Ulrike Grübler</i>	16
LG München: Impressum bei XING-Profilen zwar erforderlich, Verstoß aber nicht unlauter ..... <i>Dr. Bahne Sievers, LL.M.</i>	17
LG Berlin: WhatsApp-AGB in englischer Sprache unzureichend ..... <i>Dr. Bahne Sievers, LL.M.</i>	18

## Presse- und Äußerungsrecht

EGMR: BILD-Berichterstattung über möglichen Zusammenhang zwischen Gerhard Schröders Ankündigung von Neuwahlen und Gazprom-Engagement war zulässig ..... <i>Dr. Jana Semrau</i>	19
BGH: Persönlichkeitsrechtsverletzung auf Internetseite durch anonymen Nutzer begründet keinen Auskunftsanspruch gegen Seitenbetreiber ..... <i>Dr. Jana Semrau</i>	20

## Marken, Titel & Domains

OLG Düsseldorf: Buchtitel "Die schönsten Wanderwege der Wanderhure" genießt Kunstfreiheit ... <i>Dr. Ulrike Grübler</i>	22
--	----

## Urheberrecht

© Fotografenname/PIXELIO' - Urheberbenennung im Online-Bereich ..... 23 <i>Dr. Bahne Sievers, LL.M.</i>	23
--	----

## Regulierung

Rundfunkbeitrag verfassungsgemäß ..... 24 <i>Michael Stulz-Herrnstadt &amp; Christoph Engelmann</i>	24
--	----

## Gewinn- & Glücksspielrecht

Keine Inkohärenz des GlüStV durch Sonderweg Schleswig-Holsteins ..... 25 <i>Michael Stulz-Herrnstadt &amp; Christoph Engelmann</i>	25
---	----

Keine Untersagung von Sportwettenwerbung im Fernsehen ..... 26 <i>Michael Stulz-Herrnstadt &amp; Christoph Engelmann</i>	26
---	----

## Datenschutz

EuGH: Google kann zur Löschung rechtsverletzender Links aus Suchergebnissen verpflichtet sein ..... 27 <i>Verena Grentzenberg &amp; Dr. Jana Semrau</i>	27
--	----

VG Berlin: Im Rahmen von Kundenzufriedenheitsabfragen vorgenommene telefonische Einholung von Opt-Ins datenschutzwidrig ..... 30 <i>Verena Grentzenberg</i>	30
---	----

Mehr Datenschutz durch Verbandsklagen? ..... 31 <i>Dr. Stefan Engels</i>	31
---	----

<b>Impressum</b> ..... 32	32
---------------------------	----

# Kinderwerbung: Direkte Ansprache verboten, Rabatte für gute Noten erlaubt

Dr. Stefan Engels

*Eine unzulässige unmittelbare Aufforderung iSd Nr. 28 des Anhangs zu § 3 III UWG ist auch dann gegeben, wenn die Ansprache in einem Game zwar keinen direkten Produktbezug hat, Preise und Merkmale der einzelnen Produkte aber durch einen Link mit der Seite verbunden sind, welche die Werbeaussagen enthält. Die am 17. Juli 2013 zunächst als Versäumnisurteil ergangene Entscheidung wurde zwischenzeitlich nach Einspruch der Beklagten am 18.09.2014 bestätigt (Az. I ZR 34/12). Keinen Wettbewerbsverstoß nach Nr. 28 des Anhangs zu § 3 III UWG stellt demgegenüber der Rabatt für gute Zeugnisnoten dar (BGH, Urteil vom 02. April 2014, Az. I ZR 96/13).*

Mit den beiden oben genannten Entscheidungen hat der BGH die Grenzen der Zulässigkeit einer an Kinder gerichteten Werbung nach Nr. 28 des Anhangs zu § 3 III UWG weiter konkretisiert. Eine danach unlautere Geschäftspraktik ist bekanntlich die in eine Werbung einbezogene unmittelbare Aufforderung an Kinder, selbst die beworbene Ware zu erwerben oder die beworbene Dienstleistung in Anspruch zu nehmen oder ihre Eltern oder andere Erwachsene dazu zu veranlassen.

Nicht erforderlich ist es, so der BGH, dass sich die Werbung ausschließlich an Kinder richte. Ausschlaggebend sei vielmehr, dass mit der Art und Weise der Ansprache in erster Linie Minderjährige angesprochen werden. Um sodann eine gezielte Ansprache anzunehmen, genüge die durchgängige Verwendung der direkten Ansprache in der zweiten Person Singular sowie überwiegend kindertypische Begrifflichkeiten einschließlich gebräuchlicher Anglizismen. Dies können beispielsweise Formulierungen wie: „Hol Dir“, „Schnapp Dir“ und „Kauf Dir“ sein.

Der Entscheidung des BGH vom 17. Juli 2013 lag zugrunde, dass die Beklagte im Rahmen eines Online-Fantasierollenspiels Nutzer aufforderte, die Spielcharaktere durch virtuelle Gegenstände aufzuwerten. Diese Aufforderung wurde mit einem Link zu der Internetseite verknüpft, auf der die Beklagte die im Einzelnen dargestellten Zubehörartikel zum Kauf anbot. Das Berufungsgericht sah dadurch die Voraussetzungen einer produktbezogenen, unmittelbaren Aufforderung an Kinder, zum Erwerb der Ware, als nicht erfüllt und wies die Klage ab. Nach Ansicht des BGH steht dem Kläger jedoch der geltend gemachte Unterlassungsanspruch zu. Den Meinungsstreit darüber, ob eine „Aufforderung zum Kauf“ auch die Angabe der konkreten Produkte nebst Preisen erfordere, ließ der BGH offen, da die Anforderungen nach allen Auffassungen hier

bereits erfüllt seien. Denn die Werbeaussage führe - durch den verlinkten sprachlichen Hinweis - zu einer Internetseite, auf der Produkte und Preise aufgeschlüsselt seien. Zwar liege eine Aufteilung der Werbung in einen mit dem Link versehenen nur allgemein gehaltenen Kaufappell und eine davon getrennte konkrete Produktwerbung ohne Kaufappell vor, dies stelle jedoch ein einheitliches Werbegeschehen dar. Es ergebe sich damit aus dem Gesamtzusammenhang, auch ohne die Darstellung konkreter Produkte mit hinreichender Deutlichkeit, dass die angegriffene Aussage im Zusammenhang mit der unternehmerischen Tätigkeit der Beklagten stehe. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts stelle auch die Notwendigkeit der Betätigung des Links keinen zusätzlich zu überwindenden Schritt dar, der zwischen Aufforderung und Erwerbsentschluss noch vollzogen werden müsse.

Einen solchen hinreichenden Produktbezug hat der BGH mit Urteil vom 03. April 2014 jedoch verneint. Hier warb die Beklagte in einer Zeitungsannonce damit, dass Schüler eine Kaufpreismäßigung von 2 EUR für jede Eins im Zeugnis erhielten. Nach Ansicht des BGH genügt eine solche allgemein auf das gesamte Warensortiment bezogene Kaufaufforderung nicht. Vielmehr setze Nr. 28 des Anhangs zu § 3 III UWG voraus, dass ein auf bestimmte Produkte gerichteter Kaufappell vorliegt. ■



Dr. Stefan Engels

stefan.engels  
@twobirds.com

# BGH verschärft Anforderungen an Geschäftsführerhaftung für Wettbewerbsverstöße der Gesellschaft

*Dr. Thomas Büchner*

*Mit Urteil vom 18. Juni 2014 hat der Bundesgerichtshof (BGH) entschieden, dass der Geschäftsführer nur dann persönlich für Wettbewerbsverstöße der von ihm vertretenen Gesellschaft haftet, wenn er an diesen entweder durch positives Tun beteiligt war oder wenn er sie aufgrund einer Garantenstellung hätte verhindern müssen (Az. I ZR 242/12).*

Im Vergleich zu seiner bisherigen Rechtsprechung verschärft der BGH damit die Anforderungen an die Geschäftsführerhaftung deutlich. Bisher haftete der Geschäftsführer für Wettbewerbsverstöße nicht nur, wenn er das rechtsverletzende Verhalten selbst begangen oder in Auftrag gegeben hatte, sondern bereits dann, wenn er von diesem Kenntnis hatte und es unterließ, es zu verhindern (etwa BGH, Urt. v. 9.6.2005, Az. I ZR 279/02, GRUR 2005, 1061 - Telefonische Gewinnauskunft).

Wie sich aus den nun veröffentlichten Entscheidungsgründen ergibt, reicht das bloße Unterlassen künftig selbst bei Kenntnis des Verstoßes grundsätzlich nicht mehr aus. Vielmehr muss der Wettbewerbsverstoß auf einem Verhalten beruhen, das dem Geschäftsführer anzulasten ist, z. B. bei Werbemaßnahmen, über die typischerweise auf Geschäftsführebene entschieden wird. Hinzu kommen muss daher eine sog. Garantenstellung des Geschäftsführers gegenüber außerhalb des Unternehmens stehenden Dritten, die ihn verpflichtet, den im Unternehmen begangenen Wettbewerbsverstoß abzuwenden. Denn nach den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften besteht die Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung, die auch die Verpflichtung zur Abwendung von Rechtsverletzungen umfasst, grundsätzlich nur gegenüber der Gesellschaft. Eine darüber hinausgehende Haftung des Geschäftsführers kommt nur bei Hinzutreten besonderer Umstände in Betracht.

Ein solcher besonderer Umstand könne nach Auffassung des BGH etwa darin liegen, dass sich der Geschäftsführer bewusst der Möglichkeit entzieht, überhaupt Kenntnis von etwaigen Wettbewerbsverstößen in seinem Unternehmen zu erlangen (z. B. durch dauerhaften Auslandsaufenthalt). Eine Eigenhaftung des Geschäftsführers könne auch dadurch begründet werden, dass er Dritten gegenüber persönlich eine Erfolgsabwendungspflicht übernommen hat - was freilich oftmals schon deshalb nicht der Fall sein wird, weil er mit dem betroffenen Mitbewerber nicht

in einer Geschäftsbeziehung steht. Dagegen könne die Auslagerung von Tätigkeiten auf Subunternehmer nicht per se als Gefahrenquelle für Wettbewerbsverstöße angesehen werden, weil es sich dabei um eine wettbewerbsrechtlich grundsätzlich unbedenkliche Unternehmensentscheidung handelt.

In konkreten Fall waren ein Vertriebsunternehmen und dessen Geschäftsführer in Anspruch genommen worden, weil die von ihnen beauftragten selbstständigen Handelsvertreter bei der Haustürwerbung versucht haben sollen, Verbraucher mit unzutreffenden und irreführenden Angaben zur Kündigung ihrer Gaslieferverträge mit einem Mitbewerber des Auftraggebers des Vertriebsunternehmens und zum Abschluss neuer Verträge zu bewegen.

Das Landgericht Berlin hatte sowohl das Unternehmen als auch seinen Geschäftsführer zu Unterlassung, Auskunft und Schadensersatz verurteilt. Das Kammergericht dagegen hatte die gegen den Geschäftsführer gerichtete Klage auf dessen Berufung hin abgewiesen. Der BGH hat nun unter Zugrundelegung seiner neuen Maßstäbe das Berufungsurteil bestätigt und die persönliche Haftung des Geschäftsführers verneint.

Dem Geschäftsführer könne kein Vorwurf daraus gemacht werden, dass die Wettbewerbsverstöße durch die Haustürwerber räumlich entfernt von seinem Geschäftssitz stattfanden. Das lasse nämlich nicht den Schluss zu, er habe sich bewusst der Möglichkeit begeben, die Werber zu kontrollieren. Auch in der Auslagerung der Haustürwerbung auf Dritte sah der BGH im konkreten Fall keine Pflichtverletzung, weil auf Seiten der Beauftragten nicht von vornherein mit Wettbewerbsverstößen zu rechnen gewesen sei. Auch die erfolgsabhängige Bezahlung der Werber rechtfertige keine andere Beurteilung, da es sich um ein übliches und verbreitetes Modell handle. Schließlich komme es nicht darauf an, ob Haustürwerbung eine für Wettbewerbsverstöße besonders anfällige Vertriebsform sei, da es sich grundsätzlich um eine legale Geschäftstätigkeit handle.

Eine Eigenhaftung des Geschäftsführers für Wettbewerbsverstöße im Unternehmen kommt nach diesem Urteil nur noch in Ausnahmefällen in Betracht. Das ist interessengerecht. Denn im Falle einer generellen Haftung für Wettbewerbsverstöße würde dem Geschäftsführer ein

# Bird & Bird

kaum kalkulierbares Risiko auferlegt. Wettbewerbsverstöße können in aller Regel bereits durch ein Verbot gegenüber dem Unternehmen selbst wirksam unterbunden werden. Damit wird auch der zuweilen anzutreffenden Praxis ein Riegel vorgeschoben, selbst bei Bagatellverstößen wie etwa unerwünschter E-Mail-Werbung durch die gleichzeitige Inanspruchnahme von Unternehmen und Geschäftsführer zusätzliche Abmahnkosten zu generieren. Die Fälle, in denen ein eigenes Verbot gegenüber dem Geschäftsführer wirklich einmal notwendig ist (z. B. weil die Gefahr besteht, dass er ein auf Rechtsverletzungen angelegtes Geschäftsmodell formal mit einer anderen Gesellschaft fortsetzen wird), dürften auch mit der neuen BGH-Rechtsprechung zu bewältigen sein. Typischerweise wird der Geschäftsführer das Geschäftsmodell dann nämlich selbst ins Werk gesetzt haben. ■



**Dr. Thomas Büchner**

thomas.buechner  
@twobirds.com

# BGH: Irreführende Werbung mit gesetzlich bestehenden Rechten setzt keine hervorgehobene Darstellung voraus

Dr. Thomas Büchner

*Das Erwecken des unzutreffenden Eindrucks, gesetzlich bestehende Rechte stellen eine Besonderheit des Angebots dar, setzt nach einem aktuellen Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 19. März 2014 (Az. I ZR 185/12) keine hervorgehobene Darstellung der vermeintlichen Besonderheit des Angebots voraus. Es reiche vielmehr aus, dass beim Verbraucher der unrichtige Eindruck erweckt werde, der Unternehmer räume ihm freiwillig ein Recht ein.*

Mit seinem Urteil präzisiert der BGH die Anforderungen, die an die Werbung mit gesetzlich bestehenden Rechten zu stellen sind. Nach Nr. 10 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG ist die unwahre Angabe oder das Erwecken des unzutreffenden Eindrucks unzulässig, gesetzlich bestehende Rechte stellen eine Besonderheit des Angebots dar. Wann der Eindruck der Besonderheit erweckt wird, war umstritten. Manche Stimmen hielten eine besondere Hervorhebung für erforderlich. Das OLG Köln etwa hatte deshalb eine Äußerung über gesetzliche Rechte nicht beanstandet, die keine besondere Aufmerksamkeit erweckte, sondern in Schriftgröße und -gestaltung dem Angebot insgesamt entsprach und grafisch nicht besonders hervorgehoben war (Beschluss vom 01.02.2013, Az. 6 W 21/13).

Im vorliegenden Fall hatte die Beklagte, die im Internet mit Druckerzubehör handelt, auf ihrer Website u. a. mit einer 14-tägigen „Geld-zurück-Garantie“ geworben. Außerdem hatte sie darauf hingewiesen, dass für alle Produkte selbstverständlich ebenfalls die gesetzliche Gewährleistung von zwei Jahren gelte. Schließlich hieß es dort, dass der Versand der Ware auf Risiko der Beklagten erfolge.

Das OLG Hamm wies die Klage eines Wettbewerbers auf Unterlassung, Auskunft, Schadensersatzfeststellung und Erstattung von Abmahnkosten in der Berufungsinstanz insbesondere deshalb ab, weil die beanstandeten Aussagen in der Werbung nicht hervorgehoben dargestellt, sondern jeweils nur als einer von insgesamt sechs Punkten aufgeführt gewesen seien.

Dem folgte der BGH nicht:

Aus dem Wortlaut der Nr. 10 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG ergebe sich das Erfordernis einer besonderen Hervorhebung nicht. Danach reiche nämlich bereits das „Erwecken“ eines unzutreffenden Eindrucks aus, das aber seiner Natur nach

nicht ausdrücklich damit auch nicht in hervorgehobener Weise erfolgen müsse. Diese Auslegung stehe auch im Einklang mit der zugrundeliegenden europäischen Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-Richtlinie 2005/29/EG). Erforderlich, aber auch ausreichend sei es vielmehr, dass der unrichtige Eindruck erweckt werde, der Unternehmer hebe sich bei seinem Angebot dadurch von Mitbewerbern ab, dass er dem Verbraucher freiwillig ein Recht einräume.

Dementsprechend erachtete der BGH die Werbung mit der „14-tägigen Geld-zurück-Garantie“ als unzulässig. Sie gehe nämlich nicht über das dem Verbraucher ohnehin zustehende gesetzliche Widerrufs- bzw. Rückgaberecht nach §§ 312c, 355, 356 BGB hinaus. Auch die Aussage über die Risikotragung beim Versand der Ware entspreche der zwingenden gesetzlichen Regelung (§§ 474 Abs. 2 S. 2, 475 Abs. 1 BGB) und sei deshalb keine freiwillige Leistung der Beklagten.

In der beanstandeten Werbung werde jedoch der Eindruck hervorgerufen, es handele sich dabei um freiwillige Leistungen der Beklagten und deshalb Besonderheiten ihres Angebots. Dies folgt aus Sicht des BGH daraus, dass die Aussagen bei den Vorzügen des konkret beworbenen Produktes aufgeführt waren. Verstärkt werde dieser Eindruck dadurch, dass der (vermeintlich freiwilligen) „14-tägigen Geld-zurück-Garantie“ und der Aussage über die Risikotragung im unmittelbaren Zusammenhang ausdrücklich als solche bezeichnete gesetzliche Rechte gegenübergestellt würden.

Dagegen hielt der BGH die Werbeaussage „Für alle Produkte gilt selbstverständlich ebenfalls die gesetzlichen Gewährleistungsfrist von 2 Jahren“ für zulässig. Aus dem Wort „gesetzliche“ werde nämlich deutlich, dass den Verbrauchern keine Rechte eingeräumt werden sollen, die ihnen nicht schon kraft Gesetzes zustünden. Weil die im Gewährleistungsfall bestehenden Ansprüche nicht als etwas Ungewöhnliches herausgestellt, sondern als „selbstverständlich“ bestehend bezeichnet werden, liege auch keine gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 UWG unzulässige Irreführung über die Gewährleistungsrechte des Verbrauchers bei Leistungsstörungen vor.

## Praxistipp

Ob eine Herausstellung als Besonderheit gegeben ist,

# Bird & Bird

wird auch weiterhin eine Frage des konkreten Einzelfalles bleiben. Soweit es sich nicht um rein freiwillige Leistungen des Unternehmens handelt, ist deutlich darauf hinzuweisen, dass die beworbenen Rechte dem Verbraucher bereits kraft Gesetzes zustehen. Ohne deutlichen Hinweis ist auch davon abzuraten, die Rechte im unmittelbaren Zusammenhang mit dem jeweiligen Produkt anzuführen. Unterbleiben sollte auch eine blickfangmäßige Herausstellung gesetzlicher Rechte ohne entsprechenden Hinweis. ■



**Dr. Thomas Büchner**

thomas.buechner  
@twobirds.com

# Unzulässig: Gewinnspiel zur Einholung von Werbeeinwilligungen Minderjähriger

Dr. Beatrice Brunn, MCL

*Der Bundesgerichtshof (BGH) hat entschieden, dass Gewinnspiele wettbewerbswidrig sind, wenn sie auf die Einholung einer Werbeeinwilligung Minderjähriger gerichtet sind. Dies stelle eine unzulässige Ausnutzung der geschäftlichen Unerfahrenheit von Kindern und Jugendlichen dar (Urteil vom 22.01.2014 - Az. I ZR 218/12).*

Die Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen hatte eine gesetzliche Krankenkasse auf Unterlassung verklagt. Diese verteilte während einer Messe Teilnahmekarten für ein Gewinnspiel für minderjährige Verbraucher. Die Karten beinhalteten Felder für folgende Angaben: Name, Vorname, Geburtsdatum, Anschrift, Telefonnummern, E-Mail-Adresse und Krankenkasse. Unter diesen Feldern befand sich eine „Einwilligungserklärung“ für Werbung auf diversen Kommunikationswegen, wobei bei unter 15-Jährigen die Unterschrift des Erziehungsberechtigten erforderlich war.

Der BGH bestätigte die Vorinstanz (Oberlandesgericht Hamm, Urteil vom 20.09.2012 - Az. I-4 U 85/12).

Er hielt zunächst fest, dass die gesetzliche Krankenkasse eine geschäftliche Handlung vorgenommen habe und der Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts eröffnet sei.

Der BGH stützte sich ferner darauf, dass die Erhebung der Daten zu Werbezwecken nicht nach den Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) zulässig gewesen sei. Nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG ist die Erhebung und Nutzung personenbezogener Daten als Mittel für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke zwar zulässig, wenn ein Bezug zu einem Rechtsverhältnis besteht. Dieser bestehe hier deswegen nicht, weil mehr Daten als für die Durchführung des Gewinnspiels erforderlich abgefragt würden. Auch § 28 Abs. 3 BDSG und § 4a Abs. 1 BDSG seien nicht einschlägig.

Sodann hat er einen Verstoß gegen § 4 Nr. 2 UWG angenommen, wonach die Ausnutzung der geschäftlichen Unerfahrenheit der Minderjährigen unzulässig ist. Denn die 15-17 jährigen Teilnehmer könnten die mit der Preisgabe der Daten und der Einwilligungserklärung verbundenen Nachteile sowie die wirtschaftlichen Vorteile, die sich das werbende Unternehmen davon verspricht, nur schwer erkennen. Sie würden eher den Reizen eines Gewinnspiels erliegen, als Erwachsene. Die Teilnahme geschehe zudem spontan, wodurch das Risikobewusstsein der Teilnehmer vermindert sei. An dieser Einschätzung änderten die

zunehmenden Erfahrungen Jugendlicher mit Medien nichts. Auch ergebe sich keine einzubeziehende Wertung daraus, dass Minderjährige für bestimmte Geschäfte als uneingeschränkt geschäftsfähig angesehen werden können oder nach Vollendung des 15. Lebensjahrs ihre Krankenkasse selbst wählen dürfen.

Mit dieser Entscheidung spricht sich der BGH klar gegen die Verbindung von Gewinnspielen mit der Erteilung von Werbeeinwilligungen Minderjähriger aus. Gewinnspiele gegenüber Minderjährigen ohne Verbindung mit Werbeeinwilligungen sind davon nicht betroffen. Veranaltet ein Unternehmen ein herkömmliches Gewinnspiel gegenüber Minderjährigen und erhebt dabei personenbezogene Daten rein zur Abwicklung des Gewinnspiels, dann ist dies auch zukünftig erlaubt. ■



Dr. Beatrice Brunn, MCL

beatrice.brunn@  
twobirds.com

# In der Werbung mit wissenschaftlich umstrittener Wirkung muss auf die Gegenmeinung hingewiesen werden

*Dr. Thomas Büchner*

*Kinesiologische Behandlungsverfahren dürfen nicht mit fachlich umstrittenen Wirkungsangaben beworben werden, wenn in der Werbung die Gegenmeinung nicht erwähnt wird. Dies hat das Oberlandesgericht (OLG) Hamm mit Urteil vom 20. Mai 2014 entschieden (Az. 4 U 57/13).*

Nach gefestigter Rechtsprechung (etwa BGH, Urteil vom 6. Februar 2013, Az. I ZR 62/11) gelten bei gesundheitsbezogener Werbung im Interesse des Gesundheitsschutzes besonders strenge Anforderungen an die Richtigkeit, Eindeutigkeit und Klarheit der Werbeaussage. Zulässig ist sie nur, wenn sie gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnis entspricht. Wird mit einer umstrittenen Auffassung geworben, ist die Gegenmeinung deutlich anzugeben.

Im konkreten Fall hatte die Beklagte auf ihrer Website für die von ihr angebotenen kinesiologischen Behandlungsverfahren mit mehreren wirkungsbezogenen Angaben geworben. Dabei wies sie auch darauf hin, dass man in der begleitenden Kinesiologie nicht therapeutisch tätig werde und die Behandlung keine ärztliche Untersuchung ersetze. Die Wirkung der Kinesiologie ist allerdings wissenschaftlich umstritten. Ein deutlicher Hinweis auf die Gegenmeinung fand sich in der Werbung freilich nicht.

Das Landgericht Münster hatte die Beklagte zur Unterlassung verurteilt. Das OLG Hamm bestätigte das erstinstanzliche Verbot.

Wie sich aus den nun veröffentlichten Entscheidungsgründen ergibt, sind die Werbeaussagen nach Auffassung des OLG Hamm gemäß § 3 S. 1, S. 2 Nr. 1 HWG unzulässig, soweit sie einen Krankheitsbezug aufweisen. Nach dieser Vorschrift, die eine Marktverhaltensregelung i. S. d. § 4 Nr. 11 UWG darstellt und daher auch von Wettbewerbern durchgesetzt werden kann, liegt eine unzulässige irreführende Werbung u. a. vor, wenn Verfahren oder Behandlungen eine therapeutische Wirksamkeit oder Wirkungen beigelegt werden, die sie nicht haben. Erfasst wird davon auch die Werbung mit unzureichend wissenschaftlich gesicherten Wirkungsaussagen.

Auch wenn die Beklagte keine Heilung allein durch die Anwendung der (begleitenden) Kinesiologie in Aussicht

stelle, erwecke sie doch den Eindruck, dass ihre Behandlung als Unterstützung einer medizinischen Therapie zur Linderung bestimmter Krankheiten bzw. Beschwerden beitragen könne und insoweit eine Wirkungsmöglichkeit bestehe.

Weil der Kläger hinreichend dargetan habe, dass die Wirkung der Kinesiologie fachlich jedenfalls umstritten ist, greife eine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast ein. Die Beklagte habe dann ihrerseits nicht nachgewiesen, dass ihre Werbebehauptungen gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnis entsprechen.

Im Prozess muss grundsätzlich der Anspruchsteller den Nachweis erbringen, dass eine gesundheitsbezogene Angabe nicht gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnis entspricht. Eine Umkehrung der Darlegungs- und Beweislast tritt ein, wenn er substantiiert vorgetragen und gegebenenfalls bewiesen bzw. glaubhaft gemacht hat, dass die angegriffene Werbebehauptung fachlich umstritten ist. Bloße Zweifel des Anspruchstellers genügen hierfür nicht. Erforderlich ist etwa zumindest eine wissenschaftlich ernst zu nehmende Gegenstimme. Sodann muss der Anspruchsgegner belegen, dass die vom Anspruchsteller konkret beanstandeten Anwendungsgebiete wissenschaftlich erwiesen sind.

Der für die Werbeaussage in Anspruch genommene Stand der Wissenschaft muss schon zum Zeitpunkt der Werbung dokumentiert sein. Der Werbende kann sich daher im Unterlassungsprozess nicht (erstmalig) auf einen Sachverständigenbeweis berufen, weil ein solches Gutachten den Vorwurf nicht entkräften kann, mit einer im Zeitpunkt der Werbung nicht belegten Aussage geworben zu haben.

Für unerheblich hielt das OLG Hamm es, ob die Beklagte ihren Kunden unmittelbar vor der Behandlung weitere Informationen zukommen lässt, weil eine nachträgliche Aufklärung die einmal eingetretene Irreführung nicht beseitigen könne.

Soweit es in den beanstandeten Werbeaussagen um die Verbesserung von körperlichen bzw. geistigen Funktionen gehe, folge das Verbot aus § 5 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 1 UWG, dessen Anwendung durch die Spezialvorschrift des § 3 HWG nicht gesperrt sei. Auch

# Bird & Bird

insoweit greife eine Beweislastumkehr ein, weil der Hinweis auf die Gegenmeinung unterblieben sei. ■



**Dr. Thomas Büchner**

thomas.buechner  
@twobirds.com

# Neues zur Testsiegerwerbung

Dr. Beatrice Brunn, MCL

*Das Oberlandesgericht Hamburg (OLG) hat mit Urteil vom 16. Dezember 2013 (Az. 5 U 278/11) entschieden, dass es wettbewerbswidrig ist, wenn im geschäftlichen Verkehr für ein Produkt mit den Aussagen „Nummer 1 im Geschmack“ und „Probieren Sie jetzt selbst den Testsieger \*im Geschmack!“ blickfangmäßig geworben wird, ohne die Fundstelle der Veröffentlichung in leicht und eindeutig nachprüfbarer Weise wiederzugeben bzw. ohne die näheren Umstände des Tests zu erläutern.*

Die Beklagte hatte in einer Printwerbung für ihre Margarine mit den oben genannten Aussagen geworben und den Sternchenhinweis in der untersten Zeile der Werbung in kleiner Schriftgröße (6.6 Pt) wie folgt aufgelöst: „\*Verbrauchertest 2011 eines unabhängigen Marktforschungsinstituts im Auftrag von (...) mit 750 Verbrauchern. Im Test Margarine und pflanzliche Streichfette“.

Das Landgericht hat hiergegen antragsgemäß eine einstweilige Verfügung erlassen und diese sodann auch bestätigt. Mit der Berufung vor dem OLG verfolgte die Beklagte deswegen ihr Begehren weiter, die einstweilige Verfügung aufzuheben.

Das OLG erachtet die Berufung für unbegründet, da die angegriffene Werbung der Klägerin nach §§ 3 Abs. 1, 8 UWG unlauter sei. In ihr werde mit einem „Testergebnis“ ohne ordnungsgemäße Fundstellenangabe geworben; die im Erläuterungstext enthaltenen Angaben seien nach Auffassung des OLG nicht geeignet, den angesprochenen Verkehr die erforderlichen Informationen zu verschaffen.

Nach den in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) entwickelten Grundsätzen sei eine Werbung mit einem Testergebnis ohne Angabe der Fundstelle der Veröffentlichung unlauter und geeignet, die Interessen von Verbrauchern spürbar zu beeinträchtigen. Diese Grundsätze seien zwar insbesondere für Testhinweise auf von der Stiftung Warentest durchgeführten Testreihen und andere Produkttests entwickelt worden, allerdings sei dies auch auf die hier streitgegenständliche Werbung mit einer von der Beklagten selbst veranlassten Verbraucherbefragung übertragbar. Denn dabei werde der Eindruck vermittelt, die werblichen Angaben beruhten auf von Dritter Seite „unabhängig“ einer durchgeführten Testreihe. Gemessen daran sei die Werbung als wettbewerbswidrig zu beurteilen, da mit dem verwendeten Begriff „Testsieger“ die Erwartung geweckt würde, es würde sich um einen Test eines unabhängigen und allgemein bekannten Testinstituts wie

„Stiftung Warentest“ handeln, diese Erwartung werde enttäuscht.

Dem würde nicht entgegenstehen, dass die Beklagte den Testsieg für den Geschmack des Produkts auslobt, ebenso führten das Fehlen eines Testsiegerlogos und der - im ohnehin klein gehaltenen Erläuterungstext - vorhandene Hinweis, der Verbrauchertest sei „im Auftrag von“ durchgeführt worden nicht aus diesem Verkehrsverständnis heraus. Auch im Übrigen sei der Erläuterungstext nicht ausreichend, da er keine konkreten Angaben zu den näheren Bedingungen der Befragung enthalte. Es hätte hier konkreter Angaben bedurft, unter anderem den Namen des Marktforschungsinstituts, die Anzahl der Testpersonen und den genauen Prüfungsgegenstand.

## Fazit

Bei der Testwerbung (insbesondere mit einem Testsieg) ist besondere Vorsicht geboten. Der Testumfang ist korrekt wiederzugeben und die seriöse Quelle zur Überprüfung präzise zu benennen. Wird nicht auf ein anerkanntes Testinstitut zurückgegriffen, sind darüber hinaus weitere Erläuterungen erforderlich. ■



Dr. Beatrice Brunn, MCL

beatrice.brunn@twobirds.com

# OLG Hamm: Streitwert von unerwünschten Werbe-E-Mails kann unter 100 Euro liegen

Dr. Beatrice Brunn, MCL

*Schlechte Zeiten für Abmahnanwälte: Der Streitwert einer Klage auf Unterlassen der Zusendung von Werbe-E-Mails kann nur 100 Euro betragen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ein singulärer Vorfall vorliegt, bei dem die tatsächliche Beschwer kaum messbar ist, so entschied das Oberlandesgericht (OLG) Hamm (Urteil vom 17.10.2013 - 6 U 95/13).*

Die Klägerin - eine Privatperson - machte gegenüber den Beklagten (1.-3.) Ansprüche auf Unterlassung und Auskunft im Zusammenhang mit der Zusendung einer (einzelnen und versehentlich geschickten) Werbe-E-Mail geltend. Das Landgericht (LG) Münster hat der Klage teilweise stattgegeben und die Beklagte zu 1. auf Unterlassung der Aufnahme eines geschäftlichen Kontaktes per E-Mail zu Werbezwecken sowie zur Auskunftserteilung verurteilt. Hinsichtlich der Beklagten zu 2. und 3. wurde die Klage abgewiesen. Hiergegen richtete sich die Berufung der Klägerin und die Anschlussberufung der Beklagten zu 1. Das OLG Hamm hat die jeweilige (Anschluss-)Berufung als unzulässig verworfen, weil der jeweilige Wert des Beschwerdegegenstandes in beiden Fällen 600 Euro nicht überstieg (§ 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO).

Die Beschwerde der Klägerin durch die Abweisung der Klage gegen die Beklagten 2. und 3. sei äußerst gering und mit insgesamt nur 300 Euro zu bewerten (Unterlassungsanspruch 2 x 100 Euro, Auskunftsanspruch 2 x 50 EUR). Bei der Wertfestsetzung müsse ein deutlicher Abstand zu den Fällen von körperlicher Belästigung und Stalking eingehalten werden, die häufig mit dem Auffangwert des § 52 Abs. 2 Gerichtskostengesetz von jetzt 5.000 Euro bewertet würden. Die tatsächliche Beschwerde der Klägerin bei einem singulären Vorfall, also dem einmaligen Erhalt einer Werbe-E-Mail, sei (hingegen) kaum messbar. Insbesondere dann nicht, wenn die Versendung auf einem Irrtum beruhe und eine Wiederholung äußerst unwahrscheinlich sei. Zudem sei das Löschen der einzelnen, nicht erbetenen E-Mail mit einem Mausklick erledigt und dauere daher nur Sekunden. Im Vergleich dazu stelle selbst die Zusendung von Werbepost einen höheren Entsorgungsaufwand dar. Auch trete, anders als bei Faxen, kein Materialverbrauch beim Empfänger ein. Das Interesse an einer Verurteilung der Beklagten zu 2. und 3. zur Auskunft sei kaum erkennbar, da sie als Organe ohnehin schon zum Handeln gezwungen werden könnten.

Die Beschwerde der Beklagten zu 1. beurteilte der Senat mit insgesamt 150 Euro (Unterlassungsanspruch Euro 50

und Auskunft Euro 100). Die geringe Beschwerde durch die Verurteilung zur Unterlassung der Zusendung weiterer Werbe-Mails erkläre sich wiederum dadurch, dass die Belastung durch die zuverlässige Löschung der E-Mail-Adresse der Klägerin kaum messbar sei; zudem sei der Verlust der Möglichkeit der Klägerin weitere Werbe-Mails schicken zu dürfen als äußerst gering einzustufen, da sie nicht als potentielle Kundin für die Beklagte zu 1. in Betracht komme. Der Auskunftsanspruch führe ebenfalls nur zu einer geringen Beschwerde, weil der hierfür entscheidende Arbeitsaufwand sehr begrenzt sein dürfte (max. zwei Arbeitsstunden nach Schätzung des Senats).

Zu einer Vereinheitlichung der Streitwertberechnung bei E-Mail-Werbung führt die Entscheidung nicht. Sie zeigt aber auf, dass die Gerichte diese bei jedem individuellen Fall kritisch bemessen bzw. prüfen. Zumindest nach dieser Entscheidung - die sicherlich Abmahnanwälten bei vergleichbaren Fällen entgegengehalten werden kann - liegt bei der irrtümlichen Versendung von Werbe-E-Mails an Privatpersonen nur eine geringe Beschwerde vor. ■



Dr. Beatrice Brunn, MCL

beatrice.brunn@  
twobirds.com

# Pro Transparenz: BGH entscheidet zum Screen Scraping

Dr. Ulrike Grübler

*Der Bundesgerichtshof (BGH) hat sich mit Urteil vom 30. April 2014 (Az. I ZR 224/12) zur wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit des sog. Screen Scraping geäußert. Geklagt hat die irische Fluggesellschaft Ryanair, die sich gegen ein Internetportal wendet, welches Flugpreise vergleicht und die Buchung der angezeigten Flüge gegen eine Gebühr anbietet. Der BGH wies die Klage unter dem Aspekt der Behinderung ab, verwies den Rechtsstreit jedoch an die Vorinstanz zurück. Das Hanseatische Oberlandesgericht (HansOLG) wird nun über die möglichen weiteren wettbewerbsrechtlichen Ansprüche zu entscheiden haben.*

Ryanair vertreibt Flüge ausschließlich über die eigene Website sowie über Callcenter. Die Airline bietet neben Flügen auch die Buchung von Zusatzleistungen an, insbesondere Hotelübernachtungen sowie Mietwagenreservierungen. Wird über die Ryanair-Website ein Flug gebucht, so müssen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) durch Ankreuzen eines Kästchens akzeptiert werden. In diesen AGB wird der Einsatz automatisierter Systeme oder einer Software zum automatischen Abruf von Daten der Internetseite (sog. Screen Scraping) untersagt.

Der beklagte Anbieter einer Website zum Vergleich von Flugpreisen muss genau diese Routine durchlaufen, wenn Nutzer über seine Website einen der angezeigten Ryanair-Flüge buchen wollen. Die für die konkrete Anfrage des Kunden erforderlichen Daten werden von dem Flugvergleichsportal automatisch von den Internetseiten der Fluggesellschaft abgerufen. Für die Vermittlung der Buchung über das Vergleichsportal wird eine Gebühr erhoben. Ryanair sah hierin eine missbräuchliche Nutzung seines Buchungssystems sowie unzulässiges Einschleichen in sein Direktvertriebssystem.

Das Landgericht hatte die Klage abgewiesen. Das HansOLG gab der Klage hingegen unter dem Gesichtspunkt der Behinderung (unlauterer Schleichbezug) statt. Der BGH hat dieses Berufungsurteil nun aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung an das HansOLG zurück verwiesen. Der BGH bewertete in einer Gesamtabwägung die Interessen des Fluganbieters, der Verbraucher, Mitbewerber sowie der Allgemeinheit. Da es der klagenden Fluggesellschaft weiter möglich ist, seine Leistungen am Markt durch eigene Aktivitäten in angemessener Weise zur Geltung zu bringen, wurde eine wettbewerbsrechtlich relevante Beeinträchtigung der Entfaltungsmöglichkeit verneint.

Es fehle – so der BGH – an der Beeinträchtigung der wettbewerbslichen Entfaltungsmöglichkeit, die über eine mit jedem Wettbewerb typischerweise verbundene Beeinträchtigung hinausgeht und bestimmte Unlauterkeitsmomente aufweist. Das bloße Hinwegsetzen über den in den AGB geäußerten Willen von Ryanair führe nicht zu einer wettbewerbswidrigen Behinderung. In Betracht komme dies bei der Überwindung technischer Schutzvorrichtungen. Die Regelung in den AGB stellt nach Auffassung des BGH in Abweichung zum HansOLG indes keine solche technische Schutzvorrichtung dar. Damit überwiegen im Ergebnis die Interessen des Flugpreisvergleichsportals, zumal hierdurch die Preistransparenz gefördert wird.

Das HansOLG wird nach der Zurückverweisung zu entscheiden haben, ob ggf. ein Fall von wettbewerbslicher Irreführung vorliegt oder eine Rechtsverletzung aus den Regelungen zum ergänzenden wettbewerbslichen Leistungsschutzes folgt. ■



Dr. Ulrike Grübler

ulrike.gruebler  
@twobirds.com

# LG München: Impressum bei XING-Profilen zwar erforderlich, Verstoß aber nicht unlauter

Dr. Bahne Sievers, LL.M.

*Das Fehlen eines Impressums auf einem Xing-Profil begründet trotz Verstoßes gegen § 5 Telemediengesetz (TMG) keinen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch. Denn nach Auffassung des Landgerichts München hat eine solcher Verstoß keine hinreichende geschäftliche Relevanz (Beschluss vom 3. Juni 2014 - AZ. 33 O 4149/14).*

Ein Rechtsanwalt hatte das XING-Profil eines Kollegen beanstandet, da seiner Auffassung nach dort eine Anbieterkennzeichnung („Impressum“) im Sinne von § 5 TMG fehlte. Der Anwalt hatte daher einen Antrag auf einstweilige Verfügung mit dem Ziel gestellt, dem Kollegen auf Grundlage von §§ 3, 4 Nr. 11, 8 UWG i.V.m. § 5 TMG die Nutzung eines XING-Profiles ohne hinreichende Anbieterkennzeichnung zu untersagen. Sein Antrag wurde vom Landgericht München jetzt abgewiesen.

Nach Auffassung des Landgerichts unterliegt ein XING-Profil als selbstständiges Telemedium zwar der Anbieterkennzeichnungspflicht des § 5 TMG und es fehlte vorliegend auch unstrittig an einer vollständigen Anbieterkennzeichnung. Aber eine unlautere geschäftliche Handlung gemäß § 3 UWG sei nur dann unzulässig, wenn sie auch hinreichende geschäftliche Relevanz aufweist. Die Handlung müsse daher vor allem geeignet sein, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen. Grundsätzlich sei dies beim Fehlen einer hinreichenden Anbieterkennzeichnung zwar zu bejahen, aber die Plattform XING diene lediglich dazu, Kontakte zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern bzw. zwischen Berufstätigen untereinander zu knüpfen. Dass darüber hinaus auf der Plattform auch Geschäftsabschlüsse oder Mandatsverhältnisse begründet werden, wurde im Verfahren jedenfalls nicht dargelegt. Daher ist nach Auffassung des Landgerichts München ein XING-Profil anders als etwa eine Facebook-Fanpage zu beurteilen.

## Fazit

Der Entscheidung des Landgerichts München ist im Ergebnis zuzustimmen. Die Begründung gibt jedoch weniger Anlass zur Freude. Denn das Landgericht München bejaht dem Grunde nach die Anbieterkennzeichnungspflicht für XING-Profile, hält einen Verstoß lediglich für nicht für durch Wettbewerber abmahnfähig. Ein Verstoß gegen die Anbieterkennzeichnungspflicht stellt jedoch auch eine Ordnungswidrigkeit dar, die gemäß § 16 Abs. 2 Nr. 1 TMG

von den Aufsichtsbehörden mit einem Bußgeld geahndet werden kann, ohne dass es insoweit auf eine hinreichende geschäftliche Relevanz ankommt.

Zutreffender erscheint es, eine Anbieterkennzeichnungspflicht bereits grundsätzlich zu verneinen, da im Unterschied etwa zu Facebook-Fanpages der Gestaltungsspielraum des Account-Inhabers bei XING-Profilen deutlich geringer ist und die Profilstelle eher einer digitalen Visitenkarte ähnelt. Eine hinreichende Selbstständigkeit der einzelnen Profilstellen innerhalb der XING-Plattform dürfte daher zu verneinen sein. ■



Dr. Bahne Sievers,  
LL.M. (LSE)

bahne.sievers  
@twobirds.com

# LG Berlin: WhatsApp-AGB in englischer Sprache unzureichend

*Dr. Bahne Sievers, LL.M.*

*Spricht ein (ausländischer) Anbieter Verbraucher mit einer deutschsprachigen Website an, so ist es unlauter, wenn er seine AGB gleichwohl nur in englischer Sprache zur Verfügung stellt. Dies entschied unlängst das Landgericht (LG) Berlin in einer Unterlassungsklage des Bundesverband der Verbraucherzentralen gegen WhatsApp Inc. (LG Berlin, Urteil vom 9. Mai 2014 – Az. 15 O 44/13).*

Das in den USA ansässige Unternehmen WhatsApp bietet unter der Domain whatsapp.com (auch) in deutscher Sprache seinen Instant-Messaging-Dienst an. Die Website weist dabei keine vollständige Anbieterkennzeichnung im Sinne von § 5 Telemediengesetz auf. Die AGB waren ferner nur auf englischer Sprache abrufbar. Hiergegen wandte sich der Bundesverband der Verbraucherzentralen und mahnte WhatsApp ab. Eine Reaktion von WhatsApp erfolgte hierauf nicht, sodass der Bundesverband der Verbraucherzentralen schließlich Klage vor dem LG Berlin erhob, das der Klage im Wege eines Versäumnisurteils stattgab.

Zur Begründung führt das LG Berlin zunächst (knapp) aus, dass von WhatsApp verlangt werden könne, die gemäß § 5 Telemediengesetz vorgeschriebenen Informationspflichten zu erfüllen und ihre unzureichende Anbieterkennzeichnung entsprechend zu ergänzen. Insoweit ist es überraschend, dass das LG Berlin, trotz des ausländischen Sitzes von WhatsApp, vollständig auf eine Begründung verzichtete, warum das deutsche Telemediengesetz auf die Website überhaupt anwendbar ist.

Schließlich war es WhatsApp nach Auffassung des LG Berlin auch zu untersagen, allein englischsprachige AGB gegenüber deutschen Verbrauchern anzubieten. Denn nach § 305 Abs. 2 BGB müssen AGB von Verbrauchern in zumutbarer Weise zur Kenntnis genommen werden können. Da WhatsApp die Verbraucher im Übrigen in deutscher Sprache anspricht, könne nicht erwartet werden, dass diese Verbraucher AGB in englischer Sprache ohne weiteres verstehen.

## Fazit

Auch im Online-Bereich sind AGB (zumindest) in der Sprache anzubieten, in der die Verbraucher angesprochen werden. Werden Verbraucher auf Deutsch umworben und durch den Bestell-/Anmeldeprozess geführt, sind die AGB daher in deutscher Sprache zur Verfügung zu stellen. Bei rein fremdsprachigen Angeboten sind dagegen

deutschsprachige AGB regelmäßig nicht erforderlich. ■



**Dr. Bahne Sievers,  
LL.M. (LSE)**

bahne.sievers  
@twobirds.com

# EGMR: BILD-Berichterstattung über möglichen Zusammenhang zwischen Gerhard Schröders Ankündigung von Neuwahlen und Gazprom-Engagement war zulässig

Dr. Jana Semrau

*Nach einem nicht rechtskräftigen Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) durfte die BILD-Zeitung nach Bekanntwerden von Gerhard Schröders Engagement für Gazprom die Frage des damaligen FDP-Fraktionsvize Thiele zitieren, ob Schröders Entscheidung für Neuwahlen einige Monate zuvor auf persönlichen Motiven beruht habe, insbesondere weil ihm „lukrative Jobs“ zugesagt worden waren. So entschied der EGMR gestern über eine Klage der Axel Springer SE gegen die Bundesrepublik Deutschland und stellte damit neue Standards für den Abdruck von Zitaten im politischen Kontext auf.*

Konkret ging es um eine Passage in einem BILD-Bericht vom Dezember 2005, der Schröders Übernahme des Aufsichtsratsvorsitzes des „Konsortium Nordeuropäische Gaspipeline“ diskutierte. Dieses wurde von Gazprom geführt und betreute den Bau der „Ostsee-Pipeline“. Ein halbes Jahr zuvor hatte der damalige Bundeskanzler angekündigt, dass vorzeitig Neuwahlen stattfinden sollten, die im September schließlich einen Regierungswechsel nach sich zogen. Kurz darauf wurde Schröders Engagement für das Konsortium bekannt. BILD zitierte in dem fraglichen Bericht unter anderem Carl-Ludwig Thiele, zum damaligen Zeitpunkt FDP-Fraktionsvize, mit Fragen zu einem möglichen Zusammenhang zwischen den Neuwahlen und Schröders Tätigkeit im Konsortium: „Wollte Schröder sein Amt loswerden, weil ihm lukrative Jobs zugesagt waren? Hatte er persönliche Motive, als er in politisch aussichtsloser Lage Neuwahlen herbeiführte?“. Wegen dieser Fragen erwirkte Schröder vor dem LG Hamburg zunächst eine einstweilige Verfügung und schließlich im Hauptsacheverfahren ein Unterlassungsurteil gegen den Axel Springer Verlag. Das LG wandte auf die Fragen die Grundsätze der Verdachtsberichterstattung an, sah deren Voraussetzungen aber wegen fehlender Anhörung Schröders und nicht ausreichender Anknüpfungstatsachen als nicht erfüllt an. Das Hanseatische OLG bestätigte das Urteil: Hinreichende Beweistatsachen hätten zwar vorgelegen, dem Bericht habe es aber an Objektivität gefehlt und eine eigene Stellungnahme Schröders sei unumgänglich gewesen. Rechtsmittel des Verlages beim BGH und BVerfG blieben ohne Erfolg.

Der EGMR sah darin einen Verstoß gegen die

Meinungsäußerungsfreiheit des Verlages aus Art. 10 EMRK. Er betonte zunächst, dass BILD nicht etwa Einzelheiten aus Schröders Privatleben veröffentlicht habe, sondern Fragen allgemeinen Interesses mit politischem Kontext. Die Auffassung des OLG, wonach der Bericht nicht objektiv gewesen sei, teilte der EGMR nicht: Der frühere Bundeskanzler, der eines der höchsten Ämter in der Bundesrepublik inne gehabt habe, müsse insoweit ein sehr viel höheres Maß an Toleranz an den Tag legen als Privatpersonen. Seine Entscheidung stützte der Gerichtshof zudem darauf, dass die beanstandeten Fragen nicht von der Redaktion stammten, sondern vom FDP-Fraktionsvize. Aufgabe der Presse sei es aber, Informationen und Ideen von allgemeinem Interesse zu übermitteln. In der politischen Arena sei die Meinungsfreiheit von größter Bedeutung, der Presse komme dort die entscheidende Aufgabe als „Wachhund“ zu. Einen Journalisten dafür zu bestrafen, Stellungnahmen einer anderen Person zu verbreiten, behindere daher in schwerwiegender Weise den Beitrag der Presse zur Diskussion von Fragen allgemeinen Interesses. Im öffentlichen politischen Diskurs könne eine Zeitung nicht gezwungen werden, systematisch die wesentlichen Punkte eines jeden Kommentars eines Politikers über einen anderen zu überprüfen. Im Übrigen habe ein BILD-Journalist auch versucht, eine Stellungnahme Schröders zu erhalten.

Angesichts dieser Umstände hätten die deutschen Gerichte nicht überzeugend begründet, dass der Persönlichkeitsschutz Schröders höher zu bewerten gewesen sei als die Meinungsfreiheit des Verlages und das öffentliche Berichterstattungsinteresse, so der EGMR. Dem Berichterstattungsverbot maß er sogar eine mögliche abschreckende Wirkung auf die Meinungsäußerungsfreiheit bei.

Damit hat der EGMR wieder einmal die hohe Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit betont und den Medien bei der Wahrnehmung ihrer öffentlichen Aufgabe den Rücken gestärkt. Gleichzeitig hat er die Anforderungen an die journalistische Sorgfalt bei der Verbreitung von Äußerungen anderer konkretisiert, insbesondere in der politischen Berichterstattung. Es bleibt abzuwarten, ob die Entscheidung in der nationalen Rechtsprechung auch auf andere Bereiche öffentlichen Interesses übertragen werden wird. In Deutschland könnte damit den Grundsätzen der Verdachtsberichterstattung ein Wandel bevorstehen. ■

# BGH: Persönlichkeitsrechtsverletzung auf Internetseite durch anonymen Nutzer begründet keinen Auskunftsanspruch gegen Seitenbetreiber

Dr. Jana Semrau

*Verletzen Inhalte einer Internetseite den Betroffenen in seinen Persönlichkeitsrechten, kann diesem gegen den Betreiber der Seite ein Unterlassungsanspruch zustehen, jedoch kein Anspruch auf Auskunft über die Identität des Autors. So entschied der Bundesgerichtshof im Revisionsverfahren über die Klage eines Arztes, der sich durch unwahre, wiederholt veröffentlichte Kommentare in einem Ärztebewertungsportal in seinen Rechten verletzt sah und über die Geltendmachung eines Auskunftsanspruchs gegen die Betreiberin ein unmittelbares Vorgehen gegen den eigentlichen Rechtsverletzer ermöglichen wollte (Az. VI ZR 345/13).*

Die Betreiberin der Internetseite hatte unwahre Behauptungen in Bezug auf den Arzt auf seine Mitteilung hin stets gelöscht. Der Arzt verlangte darüber hinaus auch Angaben zur Identität des Kommentators, um diesen direkt in Anspruch zu nehmen und auf diese Weise die Veröffentlichung weiterer unzulässiger Kommentare über sich zu verhindern. Das LG Stuttgart verurteilte die Betreiberin zur Auskunft, das OLG Stuttgart wies ihre Berufung unter Hinweis auf den allgemeinen Auskunftsanspruch aus §§ 242, 259, 260 BGB zurück. Dem stehe § 13 Abs. 6 S. 1 TMG nicht entgegen, wonach ein Diensteanbieter die Nutzung von Telemedien anonym oder unter Pseudonym zu ermöglichen habe, soweit dies technisch möglich und zumutbar sei.

Der BGH hingegen wies die Klage des Arztes zurück, soweit sie das Auskunftsverlangen betraf. Er bestätigte zwar die allgemeine Auskunftspflicht nach § 242 BGB auch für das durch einen Unterlassungsanspruch begründete Rechtsverhältnis zwischen dem Betroffenen und dem Betreiber einer Internetseite mit rechtsverletzenden Inhalten. Dieser beinhaltet grds. auch einen Anspruch auf Nennung der Namen Dritter zur Ermittlung der Quelle einer Rechtsbeeinträchtigung, um künftige Verletzungen zu vermeiden. Im vorliegenden (Online-)Fall steht dem nach Ansicht des BGH aber die enge Zweckbindung des § 12 Abs. 2 TMG entgegen, wonach die für eine Bereitstellung von Telemedien erhobenen personenbezogenen Daten für andere Zwecke nur dann verwendet werden dürfen, wenn dies durch eine Ermächtigungsgrundlage oder die Einwilligung des Betroffenen gedeckt wird. An einer solchen datenschutzrechtlichen Ermächtigung fehle es jedoch, weil insbesondere § 14 Abs. 2 TMG nicht als solche dienen

könne. Nach dieser Vorschrift darf der Diensteanbieter zwar auf Anordnung der zuständigen Stellen Auskunft über Bestandsdaten erteilen, soweit dies z. B. für Zwecke der Strafverfolgung erforderlich ist. Nach Ansicht des Senats enthält diese Bestimmung aber keine Ermächtigung, zu Zwecken des Persönlichkeitsrechtsschutzes Auskunft zu erteilen.

Und auch eine analoge Anwendung lehnt der BGH mangels planwidriger Regelungslücke ab, da sich die der Norm zugrunde liegende europäische Richtlinie (2004/48/EG vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums) nicht auf Persönlichkeitsrechte beziehe, sondern ausschließlich dem Schutz des geistigen Eigentums diene. Es sei zwar in den Gesetzesberatungen zu § 14 Abs. 2 TMG diskutiert worden, ob dem Betroffenen auch bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen neben der Möglichkeit, gegen den Diensteanbieter Unterlassungsansprüche geltend zu machen, ein Auskunftsanspruch zustehen solle. Dies habe aber nicht zu einer Ausweitung der Norm geführt, so der BGH.

Auch wenn damit das Auskunftersuchen im konkreten Fall abgelehnt wurde, ist die Entscheidung zumindest insoweit als positiv zu werten, als offenbar auch der BGH die gesetzliche Beschränkung der Auskunftsansprüche auf Inhaber von Rechten am geistigen Eigentum als „wenig nachvollziehbar“ erachtet. Dem BGH ist darin zuzustimmen, dass der Gesetzgeber die Ermächtigung auf Persönlichkeitsrechtsverletzungen ausweiten sollte, denn Unterlassungsansprüche des Betroffenen gegen den Betreiber einer rechtsverletzenden Internetseite sind zwar nötig und geeignet, um die jeweilige Verletzung kurzfristig zu beenden. Bleibt der Rechtsverletzer aber anonym, sind weitere rechtsverletzende Äußerungen nicht wirkungsvoll auszuschließen, und die Bemühungen des Betroffenen um Schutz seiner Reputation gleichen oft einer Sisyphusarbeit. Die im Urteil zitierte Bemerkung aus den Gesetzesberatungen, dass der Auskunftsanspruch zu Zwecken der Strafverfolgung „bei Beleidigungen oder Verleumdungen (...) völlig ausreichend“ sei, ist vor diesem Hintergrund praxisfern: Zum einen erfüllt nicht jede (Unternehmens-)Persönlichkeitsrechtsverletzung einen Straftatbestand, zum anderen ist das oft langwierige Vorgehen der Ermittlungsbehörden in der Praxis keine gleichwertige Alternative zum kurzfristigen zivilrechtlichen

# Bird & Bird

Vorgehen gegen einen Rechtsverletzer, zumal sich diese nicht als Dienstleister für die Betroffenen ansehen. ■



**Dr. Jana Semrau**

jana.semrau  
@twobirds.com

# OLG Düsseldorf: Buchtitel „Die schönsten Wanderwege der Wanderhure“ genießt Kunstfreiheit

Dr. Ulrike Grübler

*Die Verwendung des Buchtitels „Die schönsten Wanderwege der Wanderhure“ für eine Sammlung von satirischen Kurzbeiträgen verstößt nicht gegen ältere Titelrechte an den Romanen der sog. „Wanderhuren-Reihe“. Die Verwendung ist im konkreten Fall durch die Kunstfreiheit gerechtfertigt. Dies entschied das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf in einem Rechtsstreit zweier Verlagshäuser (OLG Düsseldorf, Urteil vom 05. August 2014, I-20 U 63/14). Die gegenteilige Entscheidung der Vorinstanz wurde aufgehoben (LG Düsseldorf, Urteil vom 27.03.2014, Az. 37 O 6/14).*

Das einstweilige Verfügungsverfahren war vom Droemer Knaur-Verlag angestrengt worden, der die sog. „Wanderhuren“-Reihe verlegt. Zu dieser belletristischen Buchreihe gehören „Die Wanderhure“, „Die Rache der Wanderhure“ und „Das Vermächtnis der Wanderhure“, die sich allesamt um die Erlebnisse einer fiktiven Person, die im 15. Jahrhundert durch eine Intrige in die Prostitution gezwungene Marie Schärer, drehen. Mit einer Gesamtauflage von ca. 3,4 Mio. Exemplaren, der mehrwöchigen Besetzung der Bestsellerlisten sowie erfolgreichen Verfilmungen (bis zu 9,7 Mio. Zuschauer) genießt die Reihe einen hohen Bekanntheitsgrad.

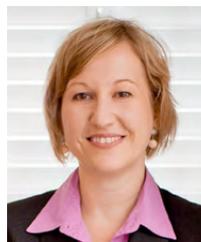
Der Verlag störte sich an der Verwendung des Titels „Die schönsten Wanderwege der Wanderhure“ durch einen anderen Verlag. Bei dem Werk handelt es sich um keinen historischen Kriminalroman, sondern eine Sammlung von Kurzgeschichten bzw. Beiträgen, die sich ironisch u. a. damit beschäftigen, wie viele Junggesellenabschiede ein einzelner Mensch ertragen muss, ob man mit dem iPad Kinder erziehen kann und was eine Wanderhure macht, wenn sie sich verlaufen hat.

Droemer Knaur sah in der Verwendung des Titels eine Verletzung seiner an der „Wanderhuren“-Reihe bestehenden älteren Titelrechte. Begründet wurde dies u.a. mit der Bekanntheit des Titels und dem aus dieser Bekanntheit resultierenden, erweiterten Kennzeichenschutz nach § 15 Abs. 3 MarkenG. Das Landgericht (LG) Düsseldorf hatte einen Unterlassungsanspruch bejaht. Auch die Richter des LG hatten die Unlauterkeit der Verwendung des anlehrenden Titels geprüft und in diesem Zusammenhang auch erörtert, ob die Nutzung durch die Kunstfreiheit gedeckt sein könnte. Nach Abwägung der widerstreitenden Positionen ließ das LG dieses Interesse allerdings hinter den

Interessen des Droemer Knaur-Verlags zurücktreten.

Genau diese Abwägung fiel beim OLG Düsseldorf anders aus. Die Richter des Senats verwiesen zur abweichenden Begründung u.a. auf den aus ihrer Sicht satirisch-ironischen Gehalt des Buchtitels. Zudem setzte sich das Buch im ersten Teil kritisch mit der wirtschaftlichen Verwertung von Bestsellern. Dabei wird auch das Beispiel der „Wanderhuren“-Romane aufgegriffen. Dieser Kritik, die durch die Verwendung des Beispiels der „Wanderhure“ in besonderer Form Aufmerksamkeit finde, müsse sich der Droemer Knaur-Verlag stellen. Im Ergebnis überwiege daher die nach Art. 5 Abs. 3 Grundgesetz (GG) garantierte Kunstfreiheit. Dieser stehe zwar das Grundrecht auf Schutz des Eigentums aus Art. 14 GG gegenüber. Die Abwägung beider Grundrechte fiel nach Auffassung der OLG-Richter aber zugunsten der Kunstfreiheit aus.

Es handelt sich um eine der raren Entscheidungen zum Schutzzumfang des Titelrechts im Buchsegment. Die Entscheidung schließt an die bereits existente Rechtsprechung zu satirisch-ironischer Verwendung von Marken an und stellt ebenfalls darauf ab, ob eine Auseinandersetzung mit dem unter Bezug genommenen Zeichen erfolgt bzw. wägt die widerstreitenden Interessen ab. Da es sich um ein einstweiliges Verfügungsverfahren handelt, gibt es kein Rechtsmittel gegen die OLG-Entscheidung. Allerdings hat der Droemer Knaur-Verlag die Möglichkeit, sein Begehren in einem Hauptsacheverfahren weiter zu verfolgen. ■



Dr. Ulrike Grübler

ulrike.gruebler  
@twobirds.com

# Urheberrecht

## © Fotografenname/PIXELIO' - Urheberbenennung im Online-Bereich

*Dr. Bahne Sievers, LL.M.*

*Das Landgericht (LG) Köln hatte jüngst mit einer Entscheidung für Aufsehen gesorgt, wonach das Recht auf Urheberbenennung (§ 13 UrhG) bereits dann verletzt sei, wenn die Benennung zwar auf der Internetseite selbst (z.B. in einer Unterzeile), nicht aber bei - technisch bedingt möglichem - isoliertem Aufruf des Fotos erfolgt (LG Köln, Urteil vom 30.1.2014 - 14 O 427/13). Das Berufungsverfahren ist nun (leider) ohne schriftliche Urteilgründe des Oberlandesgerichts (OLG) Köln durch Antragsrücknahme beendet worden (OLG Köln, Az. 6 U 25/14). Dessen ungeachtet ist es unwahrscheinlich, dass ein Gericht bei erneuter Befassung mit einem solchen Sachverhalt so wie das LG Köln entscheiden würde.*

Hintergrund des Verfahrens war der Antrag auf eine Verbotsvorkehrung eines Fotografen, der seine Fotos auf der Bilddatenbank Pixelio zur kostenlosen Nutzung eingestellt hatte. Ausdrückliche Lizenzbedingung war (und ist) dort jedoch, dass bei jeder Verwendung in üblicher Weise und soweit technisch möglich am Bild selbst oder am Seitenende die Bilddatenbank und der Fotograf genannt wird. Der Fotograf sah sein Recht auf Urheberbenennung nun dadurch verletzt, dass sich das Foto losgelöst von der eigentlichen Internetseite unter einer URL in einem Browser aufrufen ließ und hier dann eine Urheberbenennung fehlte.

Diese isolierte Darstellungsmöglichkeit ist technisch dadurch bedingt, dass im Internet eine Grafik regelmäßig nicht unmittelbar in eine Internetseite eingebunden, sondern vielmehr nur durch einen Link eingebettet und isoliert unter einer anderen URL als die der eigentlichen Internetseite gespeichert wird. Ein etwaiger Urhebervermerk wird als reiner Text in den HTML-Quellcode integriert und liegt somit auf einer anderen URL als die Grafik. Gibt ein Nutzer die URL der Grafik im Browser ein, so wird allein die Grafik aufgerufen und dargestellt, ohne dass der Urhebervermerk erscheint.

Das Landgericht Köln sah in der Darstellung der normalen Internetseite und der isolierten Darstellung des Fotos jeweils verschiedene Verwendungen im Sinne der Lizenzbedingungen. Somit hätte nach Auffassung des Gerichts auch bei der isolierten Darstellung eine ordentliche Urheberbenennung erfolgen müssen. Da es hieran fehlte, gab das Landgericht dem Verfügungsantrag des Fotografen statt. Dagegen legte die Gegenseite Berufung zum Oberlandesgericht Köln ein.

Nach Aussagen des Prozessbevollmächtigten des Antragsgegners hat das OLG Köln in der mündlichen Verhandlung Zweifel sowohl an der notwendigen Dringlichkeit der Angelegenheit als auch - und das ist hier interessant - am Unterlassungsanspruch selbst geäußert. Der Fotograf nahm daraufhin seinen Verfügungsantrag zurück.

### Hinweise

Auch wenn der Urheber gemäß § 13 UrhG das Recht hat, bei jeder Verwertung seines Werkes benannt zu werden, hätte die Rechtsauffassung des LG Köln auch ohne die Antragsrücknahme wohl kaum Bestand gehabt. Denn die angegriffene isolierte Darstellungsmöglichkeit ist eine notwendige Voraussetzung für die Nutzung eines Fotos auf einer Internetseite, stellt dabei aber aus Sicht der Internetnutzer keinesfalls die übliche Betrachtungsform dar. Insoweit kann hier nicht von einer isolierten Verwertung die Rede sein. Auch der EuGH hat unlängst - wenn auch in anderer Konstellation - bekräftigt, dass bei einer urheberrechtlichen Bewertung die (technischen) Besonderheiten des Internets zu berücksichtigen sind und nicht jede technisch bedingte Nutzungshandlung unbedingt gleich ein Verbot des Urhebers auslöst.

Gleichwohl ist bei der Verwendung von urheberrechtlich geschützten Inhalten im Internet auch zukünftig darauf zu achten, dass eine Urheberbenennung zumindest bei der Darstellung der normalen Internetseite ordnungsgemäß erfolgt. Denn selbst wenn man sich die Inhalte zur Nutzung lizenziert hat, kann eine fehlende Urheberbenennung Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche des Urhebers aus §§ 13, 97 UrhG auslösen. Auch wenn die unterlassene Urheberbenennung die Nutzungsrechteinräumung unberührt lässt, stellt sie eine selbstständige Rechtsverletzung dar. Etwas anderes gilt grundsätzlich nur, wenn der Urheber bei der Nutzungsrechteinräumung ausdrücklich auf eine Benennung verzichtet hat. ■



**Dr. Bahne Sievers,  
LL.M. (LSE)**

bahne.sievers  
@twobirds.com

# Rundfunkbeitrag verfassungsgemäß

*Michael Stulz-Herrnstadt & Christoph Engelmann*

*In der letzten Woche haben zwei Landesverfassungsgerichte entschieden, dass der Rundfunkbeitrag verfassungsgemäß ist (Urteil des Verfassungsgerichtshofs Rheinland-Pfalz vom 13. Mai 2014, Az. VGH B 35/12, sowie Urteil des Verfassungsgerichtshofs Bayern vom 15. Mai 2014, Az. Vf. 8-VII-12 und Vf. 24-VII-12)*

Der wohnungs- und betriebsstättenabhängige Rundfunkbeitrag wurde zum 1. Januar 2013 mit dem 15. Rundfunkänderungsstaatsvertrag eingeführt und hat die zuvor geräteabhängige Rundfunkgebühr abgelöst. Kritik erfährt der neue Rundfunkbeitrag vor allem von Unternehmen, deren Beitragssatz abhängig ist von der Zahl der Betriebsstätten, der beschäftigten Mitarbeiter sowie der gewerblich genutzten Fahrzeuge. Besonders bei größeren Unternehmen mit vielen Filialen oder einem großen Fuhrpark kann der Rundfunkbeitrag so zu einer deutlichen Mehrbelastung gegenüber der Rundfunkgebühr führen. Ebenso wird der automatische Abgleich mit den Meldebehörden kritisiert und der Rundfunkbeitrag wird als Steuer angesehen, für die die Länder keine Gesetzgebungszuständigkeit haben.

Dieser Kritik sind die Verfassungsgerichtshöfe aus Rheinland-Pfalz und Bayern nicht gefolgt. Sie sehen in den vorgebrachten Kritikpunkten zumindest keine Verstöße gegen die jeweilige Landesverfassung. Die Rechtsprechung ist sich damit im Hinblick auf den Rundfunkbeitrag aktuell insoweit einig. Bislang waren sämtliche Klagen - es gab neben den hier erwähnten Verfahren bei den Landesverfassungsgerichten u.a. noch einige verwaltungsgerichtliche Entscheidungen - nicht erfolgreich. Es bleibt abzuwarten, ob auch das Bundesverfassungsgericht Gelegenheit haben wird, die Verfassungskonformität des Rundfunkbeitrags zu prüfen. Bisherige Versuche wurden schon als unzulässig abgewiesen (etwa Nichtannahmebeschluss vom 12. Dezember 2012, Az. 1 BvR 2550/12), ohne eine inhaltliche Aussage zum Rundfunkbeitrag zu treffen.

Unabhängig von den Urteilen wird es im nächsten Jahr eine Änderung geben: Erstmals in der Geschichte wird der Rundfunkbeitrag gesenkt, von 17,98 Euro auf 17,50 Euro pro Monat. Dies haben die Ministerpräsidenten der Länder in ihrer Konferenz im März beschlossen. ■



**Dr. Michael Stulz-Herrnstadt**

michael.stulz-herrnstadt  
@twobirds.com



**Christoph Engelmann**

christoph.engelmann  
@twobirds.com

# Keine Inkohärenz des GlüStV durch Sonderweg Schleswig-Holsteins

*Michael Stulz-Herrstadt & Christoph Engelmann*

*Der EuGH hat die Inkohärenz des Glücksspielstaatsvertrags (GlüStV) im Hinblick auf die abweichende Regelung in Schleswig-Holstein verneint.*

Dem lag folgender Sachverhalt zugrunde: Während ab dem 1. Juli 2012 der neue GlüStV von 15 Bundesländern in Kraft getreten ist, beschritt Schleswig-Holstein einen Sonderweg mit der Liberalisierung des Glücksspielrechts durch ein eigenes, am 1. Januar 2012 in Kraft getretenes Glücksspielgesetz (GlüG SH). Die in Schleswig-Holstein – im Vergleich zum GlüStV – liberaleren Regelungen endeten jedoch am 9. Februar 2013 mit dem Beitritt Schleswig-Holsteins zum GlüStV der anderen Länder. Allerdings hatte Schleswig-Holstein zwischenzeitlich eine Reihe von Genehmigungen für private Glücksspielanbieter erteilt, die während einer Übergangszeit weitergelten.

Im Rahmen eines Wettbewerbsstreits hatte eine staatliche Lottogesellschaft einen privaten Anbieter, der im Internet u.a. Sportwetten anbietet und über keine deutsche Glücksspiellizenz verfügt, u.a. auf Unterlassung in Anspruch genommen. Im Verlauf des Rechtsstreits hat der BGH dem EuGH die Frage vorgelegt, ob die während eines Zeitraums von über einem Jahr verfolgte liberalere Politik Schleswig-Holsteins zur Inkohärenz und damit Unionsrechtswidrigkeit des GlüStV führen kann. Denn das Unionsrecht erlaubt es den Mitgliedstaaten zwar, den freien Dienstleistungsverkehr im Bereich der Glücksspiele einzuschränken, jedoch verlangt es, dass jede Einschränkung geeignet sein muss, die Ziele des Allgemeinwohls zu erreichen, die den Erlass der Einschränkung gerechtfertigt haben. Der BGH meinte, dass das Vorliegen weniger strenger Vorschriften in Schleswig-Holstein die Eignung der in den übrigen Ländern erlassenen Vorschriften zur Erreichung der verfolgten legitimen Ziele des Allgemeinwohls beeinträchtigen könnte.

Mit seiner Entscheidung beantwortet der EuGH die Vorlagefrage des BGH wie vom BGH in seinem Vorlagebeschluss vorgeschlagen: Allein aus dem liberaleren GlüG SH ergebe sich keine Inkohärenz des GlüStV. Laut EuGH ist zu berücksichtigen, dass die Anwendung dieser liberalen Regelungen zeitlich auf weniger als 14 Monate und räumlich auf ein Bundesland begrenzt war. Somit stelle das vorübergehende Vorliegen weniger strenger Vorschriften in Schleswig-Holstein die Eignung der in den anderen Ländern geltenden Beschränkungen zur Erreichung der verfolgten Ziele des Allgemeinwohls nicht ernsthaft

in Frage. Die 15 anderen Länder seien nicht verpflichtet gewesen, ihre Regelung in diesem Bereich allein deshalb zu ändern, weil ein einzelnes Land für einen begrenzten Zeitraum eine liberalere Politik verfolgt hat. Die Union habe die föderale Struktur eines Mitgliedstaates mit eigenen Gesetzgebungsbefugnissen zu tolerieren.

Allerdings sind damit noch längst nicht alle Fragen geklärt. Auch wenn der EuGH entschieden hat, dass die deutsche Regelung im Bereich der Glücksspiele verhältnismäßig und infolgedessen mit dem freien Dienstleistungsverkehr vereinbar sein „kann“, hat er nicht entschieden, dass sie es auch ist. Vielmehr hat er ausdrücklich klargestellt, dass die glücksspielrechtlichen Beschränkungen allen sich aus seiner Rechtsprechung ergebenden Anforderungen an ihre Verhältnismäßigkeit genügen müssten. Ob dies der Fall ist, hat nun der BGH zu prüfen, worauf der EuGH in seiner Entscheidung hingewiesen hat.

Inzwischen hat zudem das AG Sonthofen dem EuGH weitere Fragen zur deutschen Glücksspielregulierung vorgelegt (Az. 1 Ds 400 Js 17155/11). Klärungsbedürftig ist für das AG u.a., inwiefern das bei seiner Vorlage noch nicht abgeschlossene Konzessionsverfahren für Sportwetten eine Inkohärenz der Beschränkung grenzüberschreitender Sportwettenvermittlung zur Folge hat. ■



**Dr. Michael  
Stulz-Herrstadt**

michael.  
stulz-herrstadt  
@twobirds.com



**Christoph  
Engelmann**

christoph.  
engelmann  
@twobirds.com

# Keine Untersagung von Sportwettenwerbung im Fernsehen

Michael Stulz-Herrnstadt & Christoph Engelmann

*Das VG München hat eine Untersagungsverfügung gegen Sportwettenwerbung im Fernsehen aufgehoben. Dem lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Klägerin strahlte in ihrem Rundfunkprogramm Werbung für Sportwetten eines Anbieters aus, der weder über eine deutsche Sportwettenkonzession noch über eine Werbeerlaubnis für Sportwetten im Fernsehen verfügt, jedoch eine Konzession beantragt hat. Die beklagte Landesmedienanstalt untersagte die Werbeausstrahlung bereits im Oktober 2011 und änderte diesen Bescheid im Oktober 2012 u.a. dahingehend, dass die Untersagung unter der auflösenden Bedingung der Erteilung einer glücksspielrechtlichen Fernsehwerbeerlaubnis bestehen bleibt. Im November 2013 verständigten sich die Landesmedienanstalten darauf, in den Fällen, in denen der private Glücksspielanbieter eine Konzession beantragt hat, hinsichtlich der diesbezüglichen Werbung nur noch dann aufsichtlich vorzugehen, wenn die zuständige Glücksspielbehörde gegen diese Werbung eine wirksame Verbots- und Untersagungsverfügung beschlossen hat.*

Das VG München hat den Bescheid im Hinblick auf die Untersagungsverfügung aufgehoben, wobei es auf die seit Inkrafttreten des neuen GlüStV geltende Rechtslage abstellt. Es liege – zumindest seitdem die Beklagte hinsichtlich der Werbung von Glücksspielanbietern, die eine entsprechende Konzession beantragt haben, regelmäßig keine Untersagung mehr ausspreche – ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungs- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vor. Denn da die Untersagung als Dauerverwaltungsakt fortgelte, stehe dies im Widerspruch zu der geänderten – und aus Sicht der Kammer nicht rechtswidrigen – Praxis der Beklagten, in vergleichbaren Fällen keine Untersagung (mehr) zu erlassen. Gleichzeitig verstoße die Untersagungsverfügung auch gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Denn da sich der Abschluss der Erlaubnisverfahren ohne Zutun der Antragsteller auf unabsehbare Zeit verzögere und die Erlaubnisfähigkeit der Glücksspielwerbung gegenwärtig nicht verneint werden könne, sei eine Untersagungsverfügung im Hinblick auf den damit verbundenen Eingriff in die Dienstleistungs-, Berufungs- und Rundfunkfreiheit zum gegenwärtigen Zeitpunkt unverhältnismäßig.

Fernsehwerbung für öffentliches Glücksspiel ist nach § 5 Absatz III 1 GlüStV verboten, kann aber für Lotterien, Sport- und Pferdewetten erlaubt werden (§ 5 Absatz III 2 GlüStV). Da Werbung für unerlaubte Glücksspiele ausnahmslos verboten ist (§ 5 Absatz V GlüStV), setzt die Erteilung einer Werbeerlaubnis eine Glücksspielerlaubnis voraus

(§ 4 Absatz I GlüStV). Diese kann für Sportwetten in der Form einer Konzession seit dem neuen GlüStV auch für eine beschränkte Anzahl privater Anbieter erteilt werden (§ 10 a GlüStV). Zur Zeit der Entscheidung des VG München war noch keine solche Konzession erteilt.

Die Entscheidung des VG München in diesem und den beiden Parallelverfahren (Az. M 17 K 12.2758 und M 17 K 12.82) ist im Hinblick auf die (duldende) Verwaltungspraxis der Landesmedienanstalten sehr konsequent. Von Interesse für die betroffenen Verkehrskreise ist insoweit auch mehr die gerichtliche Bestätigung dieser Verwaltungspraxis als „korrekt“. Denn das Gericht würdigt hier den Umstand der langen Konzessionsverfahren, deren Ende nicht absehbar sei, zugunsten der privaten Anbieter und Werbepartner. Insoweit hält es fest, dass es letztlich zu einem – inkohärenten und damit europarechtswidrigen – faktischen staatlichen Glücksspielmonopol kommen würde, wenn die Werbung privater Anbieter weiterhin mangels Konzession und Werbeerlaubnis untersagt würde, hinsichtlich der staatlichen Glücksspielanbieter aber die Erlaubnis gem. § 29 GlüStV fortgelte. Ein Verstoß gegen das Werbeverbot kann nach Ansicht des VG nur angenommen werden, wenn keine Erlaubnis erteilt werden kann. Nimmt man diesen Ansatz beim Wort, läuft er letztlich auf eine Art vorübergehenden Duldungsanspruch (noch) nicht erlaubter, aber erlaubnisfähiger Sportwettenwerbung hinaus. ■



**Dr. Michael Stulz-Herrnstadt**

michael.stulz-herrnstadt@twobirds.com



**Christoph Engelmann**

christoph.engelmann@twobirds.com

# EuGH: Google kann zur Löschung rechtsverletzender Links aus Suchergebnissen verpflichtet sein

Verena Grentzenberg & Dr. Jana Semrau

*Heute wurde die mit Spannung erwartete Entscheidung des EuGH zur Anwendbarkeit der EU-Richtlinie 95/46/EG („Datenschutzrichtlinie“) auf die von der Google Inc. mit Sitz in den USA betriebene Suchmaschine verkündet (Rechtssache C-131/12). Abweichend von den Schlussanträgen des Generalanwalts, und damit durchaus überraschend, postuliert der EuGH eine umfassende Verantwortlichkeit des Suchmaschinenbetreibers für die Verarbeitung jeglicher personenbezogener Daten, die er auf Internetseiten Dritter ausliest, organisiert und in seinen Suchergebnissen verlinkt. Das Gericht hält darüber hinaus – insoweit im Einklang mit dem Generalanwalt – nationales Datenschutzrecht bereits dann für anwendbar, wenn ein Suchmaschinenbetreiber in einem Land eine Niederlassung besitzt, die (ausschließlich) mit der Vermarktung von Werbeflächen der Suchmaschine betraut ist*

Vor diesem Hintergrund gelangt das Gericht zu der Auffassung, dass Suchmaschinenbetreiber dazu verpflichtet sein können, Links zu Seiten Dritter in den Ergebnislisten zu entfernen, sofern hiermit eine Beeinträchtigung deren Rechts auf Achtung des Privatlebens bzw. auf Schutz personenbezogener Daten verbunden ist. Dies könne, so das Gericht weiter, sogar der Fall sein, wenn die Veröffentlichung auf der verlinkten Seite selbst ursprünglich rechtmäßig war oder sogar noch immer ist. Die Richter begründen die Löschungspflicht unter anderem damit, dass eine Suchmaschine ein detailliertes und strukturiertes Profil einer Person liefere. Die Wirkung des Eingriffs würde durch die bedeutende Rolle des Internets und der Suchmaschinen in der modernen Gesellschaft noch weiter gesteigert.

## Hintergrund

Dem Verfahren lagen zwei Meldungen in der Druckausgabe einer spanischen Zeitung aus dem Jahr 1998 zugrunde, in denen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen einen spanischen Staatsbürger bekannt gemacht wurden. Bei Eingabe des Vor- und Nachnamens des Betroffenen in die Google-Internetsuchmaschine wurde ein Link zu den elektronischen Ausgaben der Zeitung in den Suchergebnissen angezeigt. Nachdem sich der Betroffene beim Verleger erfolglos um Löschung der betreffenden Online-Ausgaben bemüht hatte, verlangte er im Februar 2010 von der Google Inc. mit Sitz in Kalifornien (USA) als Betreiber der Internet-Suchmaschine bzw. von der Google Spain SL, einer spanischen Vermarktungsagentur der

Google Inc., in den Google-Suchergebnissen künftig keine Verknüpfungen zwischen seinem Vor- und Nachnamen und der besagten Online-Zeitung mehr anzuzeigen. Als Google dieser Forderung nicht entsprach, legte der Betroffene bei der Spanischen Datenschutzagentur (AEPD) Beschwerde gegen den Verleger und gegen Google ein. Er argumentierte, dass die Zwangsvollstreckungsmaßnahmen seit Jahren vollständig erledigt seien und deshalb keine Erwähnung mehr verdienten. Die AEPD wies die Beschwerde gegen den Verleger zurück, da dieser die Informationen rechtmäßig veröffentlicht habe. Der Beschwerde gegen Google gab die AEPD hingegen statt und forderte die beiden Gesellschaften auf, die Daten aus ihrem Index zu entfernen und einen zukünftigen Zugang zu diesen Links zu unterbinden. Gegen diese Entscheidung der AEPD erhob Google Klage. Das spanische Gericht legte dem EuGH in diesem Zusammenhang eine Reihe von Fragen zur Vorabentscheidung vor. Diese betrafen den sachlichen und räumlichen Anwendungsbereich der Datenschutzrichtlinie und der spanischen Datenschutzbestimmungen, den Umfang der Verantwortlichkeit des Suchmaschinenbetreibers nach der Datenschutzrichtlinie einerseits sowie die Reichweite der durch die Datenschutzrichtlinie garantierten Rechte der betroffenen Person andererseits.

## Erste datenschutzrechtliche Bewertung des Urteils

Das Urteil dürfte erhebliche Auswirkungen speziell für Anbieter von Suchmaschinen, aber auch generell für Anbieter von Online-Diensten, die sich an EU-Bürger richten, haben:

Nicht nur Google, auch andere Anbieter von Online-Diensten betreiben ihre Services aus Drittstaaten wie den USA heraus. Gleichzeitig haben sie oftmals Tochtergesellschaften in verschiedenen Ländern der EU gegründet und mit der Vermarktung von Werbeflächen sowie sonstigen Dienstleistungen beauftragt. Da dies für die Anwendbarkeit nationalen Datenschutzrechts ausreichen soll, sehen sich diese Anbieter nunmehr mit zahlreichen unterschiedlichen Datenschutzbestimmungen und Behörden konfrontiert.

Ob dies allerdings auch für Anbieter gilt, die ihre Dienste aus einzelnen, ausgewählten EU-Staaten heraus anbieten (wie z.B. Facebook aus Irland) ist fraglich. Denn der EuGH begründet seine Entscheidung zur Anwendbarkeit

spanischen Datenschutzrechts explizit damit, dass bei Anbietern, die wie die Google Inc. aus einem Drittstaat heraus agieren, der gemäß der Datenschutzrichtlinie gewährleistete Schutz umgangen werden könne. Dies ist bei Anbietern mit Sitz in einem EU-Staat jedoch nicht der Fall: Nach dem sogenannten Sitzlandprinzip gilt hier jeweils das Recht des EU-Staates, in dem die Betreibergesellschaft ihren Sitz hat. Die Geltung der Datenschutzrichtlinie ist damit gewährleistet. Entsprechend dürfte der Beschluss des OVG Schleswig vom 23.04.2013, der eine Anwendbarkeit deutschen Datenschutzrechts auf Facebook verneinte, nach dieser Entscheidung des EuGH weiterhin Bestand haben (siehe hierzu auch unseren Beitrag).

Außerdem bedeutet die vom EuGH postulierte umfassende datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit des Suchmaschinenbetreibers für die indexierten Inhalte der Suchergebnisse, dass die Verlinkung von Seiten, die besondere Arten von Daten im Sinne des Art. 8 der Richtlinie enthalten (z. B. Daten über politische Meinungen, religiöse Überzeugungen oder Gesundheitsdaten), automatisch rechtswidrig ist, sofern die strengen Voraussetzungen für die Verarbeitung solcher Daten nicht ausnahmsweise erfüllt sind. Auf diese Problematik hatte bereits der Generalanwalt hingewiesen. So müsste etwa nach deutschem Recht eine informierte, ausdrückliche Einwilligung der Betroffenen speziell in die weltweite Indexierung und Verlinkung ihrer besonderen Arten von Daten durch einen Suchmaschinenbetreiber vorliegen – dies aber wird offensichtlich nahezu niemals der Fall sein. Insbesondere die Verlinkung auf Presseinhalte kann damit für Suchmaschinenbetreiber zukünftig mit erheblichen Risiken verbunden sein. Denn im Gegensatz zu Websitebetreibern können sich Suchmaschinenbetreiber nicht auf nationale Ausnahmeregelungen für journalistische Veröffentlichungen (vgl. Art. 9 Datenschutzrichtlinie) berufen.

Insoweit stellen sich die Fragen, inwieweit Google und andere Suchmaschinenbetreiber überhaupt technisch in der Lage sein werden, die vom EuGH für anwendbar erklärten Datenschutzbestimmungen zu erfüllen, und, sofern dies nicht der Fall sein sollte, diese EuGH-Entscheidung im Einklang mit dem grundgesetzlich garantierten Recht auf Informationsfreiheit (Art. 5 GG) steht. Nicht unproblematisch wäre es auch, wenn Google als Konsequenz aus dem Urteil dazu übergehen würde, unliebsame Links auf Antrag Betroffener ungeprüft zu entfernen. Schließlich könnte dies zu einer massiven Verfälschung der Suchergebnisse führen.

## Erste äußerungsrechtliche Bewertung des Urteils

Obgleich die Entscheidung des EuGH vordergründig dem Datenschutzrecht zuzuordnen ist, ist sie auch in persönlichkeitsrechtlicher Hinsicht interessant. Denn der EuGH sieht Google (über den Rückgriff auf den Begriff des „Verantwortlichen“ i. S. v. Art. 2 Buchst. d der Datenschutzrichtlinie) nicht bloß als „technischen Verbreiter“ an, der allenfalls als „Störer“ für rechtswidrige Äußerungen eines Dritten haftet. Der Gerichtshof befürwortet vielmehr – für den Fall eines überwiegenden Interesses des Betroffenen – eine eigene und unmittelbare (datenschutzrechtliche) Verantwortung des Suchmaschinenbetreibers – und zwar selbst dann, wenn sich der Betroffene nicht zuvor an den Betreiber der Website gewandt hat, auf der die rechtsverletzende Äußerung enthalten ist.

Dazu beruft sich der EuGH auf Art. 12 Buchst. b der Datenschutzrichtlinie, wonach der Betroffene vom für die Verarbeitung Verantwortlichen „die Berichtigung, Löschung oder Sperrung von Daten“ verlangen kann, deren Verarbeitung nicht den Bestimmungen dieser Richtlinie entspricht, „insbesondere wenn diese Daten unvollständig oder unrichtig sind“. Dieser unmittelbare gesetzliche Rückgriff auf den Suchmaschinenbetreiber könnte auch bei den für Persönlichkeitsrechtsverletzungen zuständigen Zivilgerichten Anklang finden und sie die bisherigen Grundsätzen der persönlichkeitsrechtlichen Haftung eines Suchmaschinenbetreibers als bloßer „Störer“ überdenken lassen. Bislang gingen Gerichte nämlich davon aus, dass dessen Haftung davon abhängig (und deshalb nachrangig) sei, dass der Betroffene zuvor „den Betreiber der genannten Internetseite zu einer Löschung veranlasst oder zumindest (...) alles ihm Mögliche unternimmt, um die Entfernung der Äußerung aus dem Netz zu bewirken“ (OLG Hamburg MMR 2010, 490, 491). Ein solcher Vorrang der Haftung des Äußernden soll jedoch nach Ansicht des EuGH dem „wirksame[n] und umfassende[n] Schutz“ des Betroffenen entgegenstehen, da „auf einer Website veröffentlichte Informationen leicht auf anderen Websites wiedergegeben werden können und die für die Veröffentlichung Verantwortlichen nicht immer dem Unionsrecht unterliegen“. Der Gerichtshof bejaht deshalb eine eigene unmittelbare (datenschutzrechtliche) Verantwortung des Suchmaschinenbetreibers, die ggf. sogar über die des Äußernden hinausgehen könne – allerdings unter ausdrücklichem Verweis auf die besondere Bedeutung von Internetsuchmaschinen, die die Zugänglichkeit von Informationen für Internetnutzer erheblich erleichterten und eine entscheidende Rolle bei deren Verbreitung spielten, was unter Umständen einen stärkeren Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen begründen könne

als die rechtsverletzende „Erstmitteilung“.

Die aktuelle Entscheidung begründet somit nicht das Ende des Instituts „Störerhaftung“ im Zivilrecht. Zudem dürfte die Entscheidung bei singulären Verlinkungen auf rechtsverletzende Beiträge Anderer, denen die beschriebene Bedeutung nicht zukommt, nicht übertragbar sein. Für Google und andere Suchmaschinenbetreiber dürfte sie jedoch ein harter Schlag sein. Google gab entsprechend bekannt, man benötige nun Zeit, um die Auswirkungen der Entscheidung zu analysieren.

## Die abweichenden Schlussanträge des Generalanwalts

Auch Generalanwalt Jääskinen vertrat in seinen Schlussanträgen bereits die Ansicht, dass spanisches Datenschutzrecht auf die Tätigkeit von Google Anwendung finden sollte.

Anders als der EuGH, hatte er aber dafür plädiert, dass Suchmaschinen-Diensteanbieter für personenbezogene Daten auf von ihnen verarbeiteten Website nach der Datenschutzrichtlinie in der Regel weder rechtlich noch tatsächlich verantwortlich sein sollten. Internetsuchmaschinen-Betreiber seien nicht in der Lage, zwischen personenbezogenen Daten im Sinne der Datenschutzrichtlinie und anderen Daten zu unterscheiden. Eine nationale Datenschutzbehörde könne sie daher nicht generell zur Entfernung von Informationen aus ihrem Index verpflichten. Nur in besonderen Ausnahmefällen sei der Suchmaschinenbetreiber auch materiell-rechtlich verantwortlich, namentlich wenn er vom Websiteanbieter in den Quellcode der indexierten Seiten eingebaute Ausschlusscodes („exclusion codes“), die die Indexierung der Inhalte verhindern sollen, nicht beachte oder einer Aufforderung seitens des Websitebetreibers zur Aktualisierung seines Zwischenspeichers („Cache“) nicht nachkomme und das Suchergebnis daher veraltete Informationen liefere.

Außerdem hatte der Generalanwalt die Auffassung vertreten, dass aus der geltenden Datenschutzrichtlinie auch unter Berücksichtigung der Grundrechte der EU-Charta kein allgemeines „Recht auf Vergessenwerden“ hergeleitet werden könne, sodass auch unter diesem Aspekt keine Verpflichtung zur Bereinigung des Index seitens der Suchmaschinen-Diensteanbieter bestehe. ■



**Verena Grentzenberg**

verena.grentzenberg  
@twobirds.com



**Dr. Jana Semrau**

jana.semrau  
@twobirds.com

# VG Berlin: Im Rahmen von Kundenzufriedenheitsabfragen vorgenommene telefonische Einholung von Opt-Ins datenschutzwidrig

Verena Grentzenberg

*Das Verwaltungsgericht (VG) Berlin hat mit Urteil vom 7. Mai 2014 entschieden, dass die im Rahmen von Kundenzufriedenheitsabfragen vorgenommene telefonische Einholung von Einwilligungen in Werbung datenschutzwidrig sei (Az. VG 1 K 253.12). Damit ist die wettbewerbsrechtliche überwiegende, wenn auch nicht unstrittige Praxis in das Datenschutzrecht übertragen worden.*

Geklagt hatte ein Berliner Zeitungsverlag, der telefonische Zufriedenheitsabfragen bei seinen Kunden durchführt. Am Ende der Telefonate wurden die Kunden jeweils gefragt, ob sie erneut angerufen werden dürften, wenn es „wieder besonders schöne“ Medienangebote gäbe. Die Berliner Datenschutzbehörde (Berliner Beauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit) untersagte der Klägerin diese Praxis, sofern die Kunden nicht bereits zuvor in Werbeanrufe eingewilligt hatten. Nach Auffassung der Datenschutzbehörde sei die Nutzung der personenbezogenen Daten der Kunden für die Einholung der Einwilligung datenschutzwidrig. Das VG Berlin bestätigte die Auffassung des Berliner Datenschutzbeauftragten und wies die gegen das behördliche Verbot gerichtete Klage des Verlages ab. Die Behörde habe das Verhalten der Klägerin zu Recht beanstandet.

Es fehle nämlich, so das Gericht weiter, an einer gesetzlichen Erlaubnis für die Datennutzung. Insbesondere sei die Nutzung der Daten nicht für die Abwicklung des Vertragsverhältnisses erforderlich. Auch wäre die Opt-In-Abfrage nicht zur Wahrung sonstiger berechtigter Interessen der Klägerin erforderlich. In der Pressemeldung des VG Berlin heißt es hierzu:

„Angesichts der Vielfalt von Werbemethoden stünden der Klägerin ausreichend andere - nicht mit der Nutzung personenbezogener Daten verbundene - Möglichkeiten zur Verfügung, um für ihre Verlagsprodukte zu werben. Ferner sei davon auszugehen, dass die Betroffenen, die bereits bei Abschluss des Abonnementvertrages die Möglichkeit des Opt-In gehabt und diese bewusst nicht gewählt hätten, bei ihrer ablehnenden Haltung geblieben seien.“

Es liegen bereits zahlreiche zivilgerichtliche Entscheidungen zu telefonischen Zufriedenheitsabfragen vor, in denen solche

Anrufe insgesamt als Werbung eingestuft werden. Damit sind diese ohne hinreichende Einwilligung der Angerufenen wegen Verstoßes gegen das Verbot belästigender Werbung nach § 7 UWG wettbewerbswidrig (in diesem Sinne entschied zum Beispiel das OLG Köln in einem Urteil vom 19. April 2014). Neben den Angerufenen können daher auch Mitbewerber und Verbraucherschutzverbände gegen solche Zufriedenheitsabfragen vorgehen.

Zusätzlich müssen Unternehmen zukünftig verstärkt damit rechnen, dass auch die Datenschutzbehörden - über den Umweg Datenschutzgesetze - die Einhaltung des Verbots belästigender Werbung durchsetzen wollen. So haben die Datenschutzbeauftragten der Länder und des Bundes im Dezember 2013 gemeinsam Anwendungshinweise zur Datennutzung für Werbung verabschiedet, in denen z. B. die Nutzung von Telefonnummern für Werbeanrufe ohne hinreichende Einwilligung für datenschutzwidrig erklärt wird. Vor diesem Hintergrund erscheint es nur konsequent, wenn die Behörden versuchen, solche Vorgaben auch durch Anordnungen gegenüber den verantwortlichen Unternehmen umzusetzen. Ob solche Anordnungen zu Recht ergangen sind, ist dann im Einzelfall zu klären.

Die Beurteilung der Einholung der Einwilligung sagt allerdings nichts über rechtlichen Bestand der Einwilligung selbst aus. Vieles spricht dafür, dass diese wettbewerbs- und (damit) datenschutzrechtlich ausreichen kann. Selbst wenn das Telefonat rechtswidrig ist, kann die Einwilligung freiwillig und informiert erteilt werden. ■



Verena Grentzenberg

verena.grentzenberg  
@twobirds.com

# Mehr Datenschutz durch Verbandsklagen?

Dr. Stefan Engels

*BMJV stellt Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von Verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts vor.*

Den seit längerem angekündigten Gesetzesentwurf zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von Verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts (sehen Sie hierzu unseren Beitrag aus Februar & Mai 2014) hat das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) vorgelegt und den betroffenen Verbänden zur Stellungnahme übermittelt. Nach dem Entwurf sollen verschiedene Neuregelungen im Unterlassungsklagegesetz (UKlaG) und im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) getroffen werden, um den Schutz von Verbrauchern vor der unzulässigen Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung von Verbraucherdaten durch Unternehmer zu verbessern, insbesondere auch bei Geschäften im Internet. Tritt das Gesetz in der vorliegenden Form in Kraft, wird für die Unternehmen erheblicher Änderungsbedarf entstehen. Die wirtschaftliche Handlungsfreiheit wird dadurch weiter im Sinne des Verbraucherschutzes eingeschränkt werden.

Kernstück des Entwurfs sind Änderungen im UKlaG, mit denen die Voraussetzungen dafür geschaffen werden, dass - wie zuvor angekündigt - neben den betroffenen Verbrauchern und den Datenschutzaufsichtsbehörden künftig auch Verbände gegen datenschutzrechtliche Verstöße mit Abmahnungen und Unterlassungsklagen vorgehen können (wir hatten hierüber berichtet, Beitrag aus Februar & Mai 2014). Daneben sind weitere Änderungen vorgesehen, die die Durchsetzung der Ansprüche nach dem UKlaG erleichtern, aber ihre missbräuchliche Geltendmachung verhindern sollen (§ 2b UKlaG - Neu).

Konkret soll u.a. in § 2 Abs. 2 UKlaG verbindlich geregelt werden, dass unter die Verbraucherschutzgesetze im Sinne der Norm nunmehr auch „die Vorschriften (fallen), die für die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten eines Verbrauchers durch ein Unternehmen gelten“ und damit im Grunde sämtliche datenschutzrechtliche Regelungen für Unternehmen im Geschäftsverkehr mit Verbrauchern. Im Ergebnis könnten die nach dem UKlaG berechtigten Einrichtungen in Zukunft also jeden Datenschutzrechtsverstoß gerichtlich geltend machen. Mehr noch: Während bislang nur zukünftige Verstöße verhindert werden konnten (Unterlassung), soll nunmehr auch rückwirkend die Störung beseitigt werden können, wenn diese noch fort dauert. Realisiert werden soll dies durch den neuen geschaffenen Anspruch auf Beseitigung. Im Verbraucherdatenschutz bedeutet das, dass

gespeicherte Daten von Verbrauchern bei Verstoß gegen die streitgegenständlichen Vorschriften zu löschen oder zu sperren sind. Die sich daraus ergebenden Folgen für von derartigen Ansprüchen betroffene Unternehmen sind kaum abschätzbar. Die Zahl datenschutzrechtlicher Abmahnungen durch Verbände dürfte mit Erlass des geplanten Gesetzes aber deutlich ansteigen.

Damit nicht genug: im BGB soll „verständlicher“ formuliert werden, welche Formanforderungen die Verwender durch Bestimmungen in vorformulierten Vertragsbedingungen (gemeinhin also Allgemeinen Geschäftsbedingungen/AGB) insbesondere in Verbraucherverträgen vereinbaren können. Nach § 309 Nr. 13 BGB soll daher in vorformulierten Vertragsbedingungen (dies sind nahezu alle vertraglichen Regelungen gegenüber Verbrauchern) für Erklärungen oder Anzeigen des Verbrauchers gegenüber dem Verwender oder einem Dritten nur noch „Textform“ vereinbart werden können. Bisher ist es dagegen noch möglich, wirksam die strengere „Schriftform“ zu vereinbaren. Mit anderen Worten: In Zukunft dürfte jede Erklärung in ganz einfacher Form abgegeben werden. Dies wird sicherlich einigen Änderungsbedarf bei Unternehmen hervorrufen und in der Praxis zu Problemen führen.

Im Ergebnis geht der Gesetzesentwurf über das ursprüngliche Vorhaben des Gesetzgebers hinaus, führt einen neuen Anspruch auf Beseitigung in das UKlaG ein, und zwingt Unternehmen in Vertragsverhältnissen mit Verbrauchern dazu, auf das Schriftformerfordernis oder ähnliche strenge Vorgaben künftig zu verzichten. Daher werden nicht nur erhebliche Änderungen in Verbraucherverträgen erforderlich sein. Vielmehr ist auch mit der Zunahme von Rechtsstreitigkeiten zu rechnen. Die Begrenzung der Aktivlegitimation durch eine strengere Missbrauchskontrolle für Verbraucher/Wettbewerbsvereine fällt dagegen kaum ins Gewicht.

Die Frist zur Stellungnahme durch die betroffenen Verbände endet zum 15. August 2014. ■



Dr. Stefan Engels

stefan.engels  
@twobirds.com

# Bird & Bird

## Impressum

Redaktion Newsletter Medien:

Dr. Beatrice Bunn, MCL  
beatrice.brunn@twobirds.com

Michael Schidler  
michael.schidler@twobirds.com

V.i.S.d.P.:

Dr. Stefan Engels  
stefan.engels@twobirds.com

Herausgeber:

**Bird & Bird LLP**

Großer Grasbrook 9 | 20457 Hamburg  
T: +49 (0)40 46063 6000 | F: +49 (0)40 46063 6011

Mit dem Newsletter Medien informiert Sie Bird & Bird regelmäßig über für die Medien- und Kommunikationsbranche relevante Rechtsentwicklungen. Er ersetzt keine rechtliche Beratung im Einzelfall und der Inhalt ist ohne vorherige Beratung nicht als Entscheidungsgrundlage geeignet. Insoweit übernehmen wir mit Herausgabe dieses Newsletters keine Haftung.

Sie können diesen Newsletter als E-Mail Version bei uns anfordern. Schicken Sie uns dazu einfach eine E-Mail an: michael.schidler@twobirds.com mit dem Stichwort "Newsletter" oder melden Sie sich über unser **Online-Formular** an.

## twobirds.com

Abh Dhabi & Beijing & Bratislava & Brussels & Budapest & Copenhagen & Dubai & Düsseldorf & Frankfurt & The Hague & Hamburg & Helsinki & Hong Kong & London & Lyon & Madrid & Milan & Munich & Paris & Prague & Rome & Shanghai & Singapore & Skanderborg & Stockholm & Warsaw

Bird & Bird LLP ist eine Partnerschaft mit beschränkter Haftung nach englischem Recht, eingetragen im Companies House of England and Wales unter der Nummer OC340318. Der Name Bird & Bird bezeichnet eine internationale Anwaltssozietät, bestehend aus Bird & Bird LLP und ihren verbundenen Sozietäten. Bird & Bird praktiziert in den oben angegebenen Standorten. Die Gesellschafter der LLP werden von Bird & Bird als Partner bezeichnet. Counsel, Senior European Consultants und Of-Counsel sind nicht Partner oder Gesellschafter der LLP. Weitere Informationen finden Sie auf unserer Homepage.