

Christian Solmecke, LL.M.
Rechtsanwalt, Köln

Social Media

Auszug aus

Hoeren/Sieber/Holznagel

Handbuch Multimedia-Recht

Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs

Teil 21.1

(Stand: August 2012)



Verlag C.H. Beck München 2012

Teil 21.1

Social Media

bearbeitet von
Christian Solmecke, LL. M.

21.1

Übersicht

	Rn.
A. Einführung	1
B. Startphase – Rechtliche Fallstricke bei der Planung der Social Media-Aktivitäten	2
I. Impressumpflicht bei Social Media-Profilen	2
II. Urheberrechtliche Rechteeinräumungsklauseln in Nutzungsbedingungen der Social Media-Plattformen	5
III. Wahl des Account-Namens	9
1. Account-Grabbing bei Social Media-Profilen	10
2. Automatisch erstellte Unternehmensprofile	14
C. Im Betrieb – Rechtliche Grundlagen der Social Media-Nutzung	16
I. Äußerungs- und Persönlichkeitsrecht	16
II. Recht am eigenen Bild	20
III. Urheberrecht	24
IV. Datenschutz und der Facebook-Like-Button	28
D. Social Media Marketing	32
I. Werbung per Direct Message	32
II. Schleichwerbung	34
III. Tell-a-friend-Funktionen	37
IV. Gekaufte Nutzermeinungen	40
E. Social Media und Arbeitsrecht	42
I. Social Media Monitoring	42
II. Grenzen der Meinungsfreiheit im Arbeitsverhältnis	47
1. Negative Äußerungen	48
2. Whistleblowing	49
3. Verrat von Geschäftsgeheimnissen	50
4. Anschein, für das Unternehmen zu sprechen	51
III. Wer ist „Eigentümer“ von Social Media Accounts?	52
IV. Social Media Guidelines	57
F. Haftung in sozialen Netzwerken	60
I. Haftung für eigene Inhalte	60
II. Haftung für fremde Inhalte	63
III. Linkhaftung	67
G. Verkauf eines Social Media Accounts	74

Literatur: *Berberich*, Der Content „gehört“ nicht Facebook! AGB-Kontrolle der Rechteeinräumung an nutzergenerierten Inhalten, MMR 2010, 736; *Bierekoven*, Social Networks am Arbeitsplatz – Einsatzmöglichkeiten, Regelungsbedarf und Lösungsansätze, ITRB 2011, 110; *Bissels/Lützeler/Wisskirchen*, Facebook, Twitter & Co.: Das Web 2.0 als arbeitsrechtliches Problem, BB 2010, 2433; *Bürkle*, Weitergabe von Informationen über Fehlverhalten in Unternehmen (Whistleblowing) und Steuerung auftretender Probleme durch Compliance-Systeme, DB 2004, 2158; *Däubler/Klebe/Wedde/Weichert* (Hrsg.), Kompaktkommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, 3. Aufl., Frankfurt a. M. 2010 (zit. *Däubler*); *Dreier/Schulze* (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz Kommentar, 3. Aufl., München 2008 (zit. *Dreier/Schulze*); *Duchrou*, Kritik an der Entscheidung des KG zum Facebook Like-Button, MMR-Aktuell 2011, 320091; *Erd*, Datenschutzrechtliche Probleme sozialer Netzwerke, NVwZ 2011, 19; *Ernst*, Social Networks und Arbeitnehmer-Datenschutz, NJOZ 2011, 953; *Ernst*, Social Plugins: Der „Like-Button“ als datenschutzrechtliches Problem, NJOZ 2010, 1917; *Forst*, Bewerberauswahl über soziale Netzwerke im Internet, NZA 2010, 427; *Gänßle*, Verhaltensbedingte Kündigung bei Whistleblowing, FA 2005, 66; *Gola/Schomerus*, Bundesdatenschutzgesetz Kommentar, 11. Aufl., München 2010 (zit. *Gola/Schomerus*); *Göpfert/Wilke*, Recherchen des Arbeitgebers in Sozialen Netzwerken nach dem geplanten Be-

schäftigtendatenschutzgesetz, NZA 2010, 1329; *dies.*, Facebook-Aktivitäten als Kündigungsgrund, ArbRAktuell 2011, 159; *Guttman*, Internet-Kommunikation am Arbeitsplatz: Von E-Mail bis Facebook, AE 2010, 129; *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz, 3. Aufl., München 2010; *Jandt/Rofnagel*, Social Networks für Kinder und Jugendliche – Besteht ein ausreichender Datenschutz?, MMR 2011, 637; *Jauernig* (Hrsg.), BGB Kommentar, 14. Aufl., München 2011 (zit. *Bearbeiter* in: *Jauernig*); *Köhler/Bornkamm*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 30. Aufl., München 2012 (zit. *Bearbeiter* in: *Köhler/Bornkamm*); *Krieg*, Twitter und Recht, K&R 2010, 73; *Leistner*, Der neue Rechtsschutz des Datenbankherstellers – Überlegungen zu Anwendungsbereich, Schutzvoraussetzungen, Schutzzumfang sowie zur zeitlichen Dauer des Datenbankherstellerrechts gemäß §§ 87a ff. UrhG, GRUR Int 1999, 819; *Leitgeb*, Virales Marketing – Rechtliches Umfeld für Werbefilme auf Internetportalen wie Youtube, ZUM 2009, 39; *Leley/Fuchs*, My Space is not Your Space – Einige arbeitsrechtliche Überlegungen zu Social Media Guidelines, CCZ 2010, 147; *Leupold/Glossner*, Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, 2. Aufl., München 2011; *Loewenheim* (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 2. Aufl., München 2010 (zit. *Bearbeiter* in: *Loewenheim*, UrhR); *Looschelders* (Hrsg.), Schuldrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Köln 2007 (zit. *Looschelders*, Schuldrecht AT); *Lützelzer/Bissels*, Social Media-Leitfaden für Arbeitgeber: Rechte und Pflichten im Arbeitsverhältnis, ArbRAktuell 2011, 499; *Möhring/Ahlberg* (Hrsg.), Möhring/Nicolini, Urheberrechtsgesetz Kommentar, 2. Aufl., München 2000 (zit. *Möhring/Nicolini/Bearbeiter*); *Obenwetter*, Bewerberprofilerstellung über das Internet, BB 2008, 1562; *Ott*, Die urheberrechtliche Zulässigkeit des Framing nach der BGH-Entscheidung im Fall „Paperboy“, ZUM 2004, 357; *ders.*, Haftung für Embedded Videos von YouTube und anderen Videoplattformen im Internet, ZUM 2008, 556; *ders.*, Haftung für verlinkte urheberrechtswidrige Inhalte in Deutschland, Österreich und den USA, GRUR Int 2007, 14; *Reinemann/Remmert*, Urheberrechte an User-generated Content, ZUM 2012, 216; *Richardi* (Hrsg.) Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 13. Aufl., München 2012 (zit. *Richardi*); *Richardi/Wißmann/Wlotzke/Oetker* (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl., München 2009 (zit. *MünchArbR/Bearbeiter*); *Rolf/Rötting*, Google, Facebook & Co als Bewerberdatenbank für den Arbeitgeber?, RDV 2009, 263; *Säcker/Rixecker* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., München 2012 (zit. *MüKo/Bearbeiter*); *Schricker/Loewenheim* (Hrsg.), Urheberrecht Kommentar, 4. Aufl., München 2010; *Schwenke*, Social Media Marketing & Recht, Köln 2012 (zit. *Schwenke*, Social Media); *Simitis* (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, 7. Aufl., Baden-Baden 2011 (zit. *Simitis*); *Solmecke/Dam*, Wirksamkeit der Nutzungsbedingungen sozialer Netzwerke, MMR 2012, 71; *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl., München 2011 (zit. *Spindler/Schuster/Bearbeiter*); *Staudinger* (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1 Allgemeiner Teil §§ 164–240 (Allgemeiner Teil Buch 5), 16. Aufl., Berlin 2009 (zit. *Staudinger/Bearbeiter*); *Taege* (Hrsg.), Tagungsband Herbstakademie 2011. Die Welt im Netz – Folgen für Wirtschaft und Gesellschaft, Edewecht 2011 (zit. *Bearbeiter* in: Tagungsband Herbstakademie); *Taege/Gabel*, Kommentar zum BDSG und den einschlägigen Vorschriften des TMG und TKG, Frankfurt a. M. 2010 (zit. *Taege*); *Thüsing*, Datenschutz im Arbeitsverhältnis – Kritische Gedanken zum neuen § 32 BDSG, NZA 2009, 865; *Ulbricht*, Social Media und Recht – Praxiswissen für Unternehmen, Freiburg 2012 (zit. *Ulbricht*, Social Media und Recht); *v. Ungern-Sternberg*, Schlichte einseitige Einwilligung und treuwidrig widersprüchliches Verhalten des Urheberberechtigten bei Internetnutzungen, GRUR 2009, 369; *Vietmeyer/Byers*, Richtiger Umgang mit dem Web 2.0, Personalmagazin 2010, 68; *Voigt/Alich*, Facebook-Like-Button und Co. – Datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit der Webseitenbetreiber, NJW 2011, 3541; *Volkmann*, Haftung für fremde Inhalte: Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche gegen Hyperlinksetzer im Urheberrecht, GRUR 2005, 200; *Wandtke/Bullinger* (Hrsg.), Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl., München 2009 (zit. *Wandtke/Bullinger/Bearbeiter*); *Wéber/Meckbach*, E-Mail-basierte Werbeinstrumente – unzumutbare Belästigung oder modernes Marketing?, MMR 2007, 482; *Weißnicht*, Die Nutzung des Internet am Arbeitsplatz, MMR 2003, 448; *Wellhörner/Byers*, Datenschutz im Betrieb – Alltägliche Herausforderung für den Arbeitgeber?!, BB 2009, 2310.

A. Einführung

Ob Facebook, Twitter, Youtube oder XING – kaum ein Unternehmen kann und will mehr auf die Vorteile der Nutzung von Social Media verzichten. Sie bieten die Möglichkeit, effektive und innovative Marketing- und PR-Strategien zu entwickeln und zu verbreiten. Auch im privaten Bereich erfreuen sich die Nutzer an dem schnellen und unkomplizierten Austausch von Inhalten jeder Art. Nachrichten austauschen, Schulfreunde wiederfinden, zu Partys einladen – im Social Web ist vieles möglich. Auf der anderen Seite birgt die Verbreitung von Inhalten, sowohl für Unternehmen als auch bei einer Nutzung im privaten Bereich, einige rechtliche Risiken. Diese Fallstricke soll das folgende Kapitel aufzeigen. Wichtig ist hierbei, dass der Begriff Social Media nicht mit sozialen Netzwerken wie Facebook oder Twitter gleichzusetzen ist, sondern viele weitere Bereiche des Internets erfasst, z. B. Blogs, Podcasts und Bewertungsplattformen. Dennoch spielen soziale Netzwerke im Social Media-Bereich eine wichtige Rolle. Die nachfolgende Darstellung beschreibt mögliche Rechtsprobleme eines Social Media-Projekts von der Startphase über den laufenden Betrieb bis hin zum Verkauf des Projekts. 1

B. Startphase – Rechtliche Fallstricke bei der Planung der Social Media-Aktivitäten

I. Impressumspflicht bei Social Media-Profilen

Nach wie vor umstritten ist, ob bei geschäftsmäßiger Nutzung eines Social Media-Accounts eine Impressumspflicht nach § 5 TMG besteht. Dies hängt maßgeblich von der Frage ab, ob der Nutzer als **Anbieter eines eigenständigen Telemediums** i. S. d. TMG anzusehen ist. Das OLG Düsseldorf¹ stellte bereits fest, dass die Impressumspflicht auch dann besteht, wenn ein Anbieter einen eigenen Internetauftritt innerhalb eines Portals betreibt. Jedoch ist auch nach Auffassung des Gerichts kein Impressum erforderlich, wenn die „Einzeldarstellung von Filialgeschäften derart in einen einheitlich gestalteten Gesamtauftritt einer Firmengruppe oder eines Konzerns eingepasst ist, dass die einzelnen Unternehmen keine kommunikationsbezogene Eigenständigkeit besitzen“. Bezugnehmend auf diese fehlende Eigenständigkeit des Dienstes wird daher teilweise das Anbieten eines Telemediums durch den Social Media-Nutzer abgelehnt.² Nach anderer Auffassung ist die Rechtsprechung zu der Impressumspflicht bei Internethandelsportalen wie „Ebay“³ und „Mobile.de“⁴ auch auf soziale Netzwerke wie z. B. Twitter zu übertragen, sodass der Inhaber eines Twitter-Accounts als 2

¹ OLG Düsseldorf, MMR 2008, 682.

² <http://www.internet-law.de/2009/04/impressumspflicht-fur-twitter-account.html> (Stand: 5/2012); <http://www.impressum-recht.de/meldung/items/impressumspflicht-auf-twitter.html> (Stand: 5/2012).

³ LG Berlin, B. v. 14. 7. 2004 – 102 O 161/04; KG Berlin, GRUR-RR 2007, 326.

⁴ OLG Düsseldorf, MMR 2008, 682.

Betreiber der „Unterseite“ impressumspflichtig bleibt, obwohl er die Plattformseite (also hier twitter.com) nicht selbst betreibt.¹

- 3 Nach den Urteilen des **LG Aschaffenburg**² und des LG Frankfurt a. M.³ scheint sich in der Rechtsprechung die Tendenz zu zeigen, eine Impressumspflicht auch für Social Media-Profile anzunehmen. Das LG Aschaffenburg stellte fest, dass eine zu Marketingzwecken genutzte Facebook-Seite ein vollständiges Impressum bereithalten muss. Dabei soll eine Verlinkung auf das Impressum einer (Unternehmens-)Webseite ausreichen, wenn deutlich wird, dass dieses Impressum auch für die Facebook-Seite gelten soll.⁴ Überraschenderweise ist jedoch eine Platzierung des Links unter dem Facebook-Reiter „Info“ als nicht ausreichend angesehen worden. Diese Auffassung ist zu Recht vielfach kritisiert worden,⁵ da kaum bessere Alternativen zur Lösung über den „Info“-Reiter bestehen. Zwar kann auch ein eigener „Impressum“-Reiter erstellt werden oder ein Link in das „Info“-Feld eingebunden werden, allerdings sind beide Alternativen, zumindest in der offiziellen Facebook-App, nicht über mobile Endgeräte abrufbar. Hierfür würde der Betreiber der Facebook-Seite wohl auch dann haften, wenn ihn kein Verschulden trifft.⁶ Für gewerbliche Social Media-Profile auf anderen Plattformen gilt die Impressumspflicht voraussichtlich in gleichem Maße.
- 4 Auch für nicht gewerblich genutzte, jedoch **abonmierbare Accounts**⁷ kann nach teilweise vertretener Ansicht eine Impressumspflicht bestehen, allerdings nicht nach § 5 TMG, sondern nach § 55 RStV.⁸ Nach der hier vertretenen Ansicht ist das Aktivieren der „Abonnieren“-Funktion lediglich ein Indiz, das gegen eine rein persönliche oder familiäre Nutzung i. S. d. § 55 Abs. 1 RStV spricht. Entscheidend ist letztlich die inhaltliche Ausrichtung des Profils.⁹

II. Urheberrechtliche Rechteeinräumungsklauseln in Nutzungsbedingungen der Social Media-Plattformen

- 5 Die Teilnahme an einem sozialen Netzwerk hat notwendigerweise zur Folge, dass den Plattformbetreibern bestimmte Nutzungsrechte an den eingestellten Inhalten übertragen werden. Die Wirksamkeit der Nutzungsbedingungen aus datenschutz-

¹ <http://www.kriegs-recht.de/shocking-impressumspflicht-fur-twitter-profile-teil-1> (Stand: 5/2012); <http://blog.beck.de/2009/04/17/impressumspflicht-fuer-twitter-account> (Stand: 5/2012); *Rauschhofer*, MMR-aktuell 2010, 302790; *Spindler/Schuster/Micklitz/Schirmbacher*, § 5 TMG Rn. 13a.

² *LG Aschaffenburg*, MMR 2012, 38 – Impressumspflicht bei Facebook.

³ *LG Frankfurt a. M.*, B. v. 19. 10. 2011 – 3–08 O 136/11.

⁴ So auch *Spindler/Schuster/Micklitz/Schirmbacher*, § 5 TMG Rn. 28a.

⁵ <http://www.impressum-recht.de/urteil-zum-impressum.26/articles/ig-aschaffenburg-urteil-19082011-az-2-hk-o-5411-facebook.html> (Stand: 5/2012); <http://www.homepage-impressum.de/impressum-facebook-urteil-aschaffenburg-impressumspflicht/> (Stand: 5/2012).

⁶ Vgl. *OLG Hamm*, MMR 2010, 693 – Impressumspflicht für Apps.

⁷ Ein Account ist abonmierbar, wenn ein Nutzer die Beiträge des Account-Inhabers abonnieren kann, ohne dass dieser ihn als Kontakt bestätigen muss. Diese Funktion ist bei Twitter der Standard und bei *Facebook* mittlerweile auch eingeführt.

⁸ <http://netzrecht.org/impressumspflicht-fuer-private-abonmierbare-nutzerprofile-bei-facebook/> (Stand: 5/2012).

⁹ So im Hinblick auf Webseiten auch *Spindler/Schuster/Micklitz/Schirmbacher*, § 55 RStV Rn. 13.

rechtlicher Sicht ist bereits an anderer Stelle erörtert worden.¹ Umfang und Konditionen der Rechteeinräumung sind in der Regel in den Nutzungsbedingungen der Plattformen geregelt, die bei der Anmeldung in das Vertragsverhältnis zwischen dem Nutzer und dem Plattformbetreiber einbezogen werden. Die Wirksamkeit der Rechteeinräumungsklauseln ist an den §§ 305 ff. BGB sowie dem Zweckübertragungsgrundsatz des § 31 Abs. 5 UrhG zu messen.² Die meisten Nutzungsbedingungen sehen recht umfangreiche Rechteübertragungen vor. Der Umfang der Rechteeinräumung ist jedoch durch den Zweckübertragungsgrundsatz des § 31 Abs. 5 UrhG beschränkt, der in unterschiedlichen Zusammenhängen relevant werden kann.

Teilweise ist er bereits in den Nutzungsbedingungen vorgesehen (vgl. Facebook und Google+), sodass nach der hier vertretenen Ansicht³ von vornherein nur die zur Teilnahme an der Plattform erforderlichen Rechte (zumindest die Rechte nach §§ 16, 19a, ggf. auch § 23 UrhG)⁴ eingeräumt werden.

Anders scheint dies das **LG Berlin**⁵ zu sehen, das sich mit der Wirksamkeit der Rechteübertragungsklauseln in den Facebook-AGB zu beschäftigen hatte. Das Gericht hält die „nicht-exklusive, übertragbare, unterlizenzierbare, unentgeltliche, weltweite Lizenz für die Nutzung jeglicher IP-Inhalte“ trotz der in den Facebook AGB vorgesehenen Beschränkung für deutsche Nutzer, dass die Nutzung der Inhalte „auf die Verwendung auf oder in Verbindung mit Facebook beschränkt ist“, nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB für unwirksam. Die Übertragung unbeschränkter Nutzungsrechte verstoße gegen den Grundgedanken des § 31 Abs. 5 UrhG. Leider erwähnt das Gericht nicht, warum die einschränkende Ergänzungsklausel für deutsche Nutzer nichts an der Unwirksamkeit der weitreichenden Rechteeinräumungsklausel zu ändern vermag. Denkbar ist, dass die Formulierung „im Zusammenhang mit Facebook“ gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB verstößt.⁶

Andere Nutzungsbedingungen, in denen der **Zweckübertragungsgrundsatz nicht berücksichtigt** wurde, sind im Hinblick auf sehr pauschale Rechteeinräumungsklauseln, wie z. B. das Recht zur „Nutzung“,⁷ direkt durch § 31 Abs. 5 UrhG zu begrenzen. Sind die Nutzungsarten dagegen einzeln aufgezählt, kommt eine Unwirksamkeit der Klauseln nach § 305 c oder § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB in Betracht.

III. Wahl des Account-Namens

Auch bei Social Media-Accounts spielt der Name eine wichtige Rolle. Hier gilt grundsätzlich wie bei Webseiten das Prinzip „first come, first serve“. Ist ein Account-Name bereits vergeben, kann kein Account mit demselben Namen erstellt werden. Das Prioritätsprinzip gilt jedoch nur soweit der Name nicht Rechte Dritter verletzt, insbesondere das Namensrecht (§ 12 BGB) und das Markenrecht.⁸

¹ Vgl. *Erd*, NVwZ 2011, 19; *Jandt/Roßnagel*, MMR 2011, 637.

² Vgl. hierzu *Solmecke/Dam*, MMR 2012, 71; *Berberich*, MMR 2010, 736.

³ *Solmecke/Dam*, MMR 2012, 71, 73f.

⁴ *Solmecke/Dam*, MMR 2012, 71, 72; *Redeker*, Teil 12 Rn. 432.

⁵ *LG Berlin*, Urt. v. 6. 3. 2012 – 16 O 551/10.

⁶ *Solmecke/Dam*, MMR 2012, 71, 73.

⁷ Vgl. Nutzungsbedingungen bei Twitter, <https://twitter.com/tos> (Stand: 5/2012).

⁸ Vgl. hierzu *Schwenke*, Social Media, S. 33ff.

- 10 **1. Account-Grabbing bei Social Media-Profilen.** In Anbetracht der vielfältigen Werbemöglichkeiten in sozialen Netzen ist es aus Sicht der werbenden Unternehmen wichtig, einen Account-Namen verwenden zu können, der eine Identifikation mit dem Unternehmen ermöglicht. Es stellt sich daher die Frage, welche Ansprüche dem Namensträger zustehen, wenn ein Account ausschließlich zu dem Zweck registriert wird, um ihn ohne eigene Nutzungsabsicht dem Namensträger gegen die Zahlung eines „Lösegeldes“ zur Freigabe anzubieten. Die Rechtsprechung zum **Domain-Grabbing** kann dabei auch im Zusammenhang mit Account-Grabbing bei Social Media-Profilen herangezogen werden.
- 11 Zunächst kommen Ansprüche aus dem **Namensrecht (§ 12 BGB)** in Betracht. Eine Namensanmaßung setzt voraus, dass eine Zuordnungsverwirrung eintritt, die schutzwürdige Interessen des Berechtigten verletzt.¹ Sie liegt bereits dann vor, wenn der Account registriert wird, eine aktive Nutzung ist nicht erforderlich.² Eine Zuordnungsverwirrung besteht, wenn durch die Wahl des Account-Namens eine Verbindung zu dem Namensträger suggeriert wird, die tatsächlich nicht besteht.³ Eine Interessenverletzung liegt in aller Regel in der mit der Registrierung einhergehenden Sperrwirkung.⁴ Diese wirkt im Vergleich zum Domain-Grabbing sogar noch stärker, da derselbe Name nicht nur innerhalb einer Top-Level-Domain, sondern in demselben Netzwerk weltweit nicht mehr registriert werden kann.
- 12 Soweit der Account-Name markenrechtlichen Schutz genießt, kommen Ansprüche nach **§ 14 MarkenG**, insbesondere auf Unterlassung und Schadensersatz, in Betracht.⁵ Voraussetzung hierfür ist eine Benutzung im geschäftlichen Verkehr, die zu einer Verwechslungsgefahr führt. Die bloße Registrierung stellt grundsätzlich keine rechtsverletzende Benutzung dar.⁶ Daher dürften die meisten Account-Grabbing Fälle, bei denen eher Privatpersonen im nicht geschäftlichen Bereich handeln, nicht vom Markenrecht erfasst sein.
- 13 Darüber hinaus kommen **Wettbewerbsverstöße** wegen unlauterer Behinderung i. S. d. § 4 Nr. 10 UWG oder Irreführung i. S. d. § 5 UWG in Betracht.⁷ Zwischen Privatpersonen besteht Raum für deliktische Ansprüche nach § 826 BGB.⁸ Ist der Account-Grabber nicht ausfindig zu machen, empfiehlt es sich, den Plattformbetreiber von der Rechtsverletzung in Kenntnis zu setzen und zur Löschung des Accounts aufzufordern.⁹
- 14 **2. Automatisch erstellte Unternehmensprofile.** Problematisch kann das Marketing in sozialen Netzwerken auch werden, wenn eine Plattform ohne Veranlassung des Unternehmens automatisch, z. B. auf Basis der Mitarbeiterprofile oder eines Wiki-

¹ *Jauernig*, § 12 BGB Rn. 5.

² Vgl. *LG Düsseldorf*, GRUR 1998, 159, 164 – Epsom.

³ *Spindler/Schuster/Müller*, § 12 BGB Rn. 23; *Ulbricht*, Social Media und Recht, S. 14.

⁴ *BGH*, NJW 2002, 2031, 2033 – shell.de; *LG München I*, NJW-RR 1998, 973, 974 – juris.de; *MüKo/Heine*, § 12 BGB Rn. 256.

⁵ Vgl. zu einem solchen Fall *KG Berlin*, GRUR-RR 2011, 215 – Delphi.

⁶ *BGH*, GRUR 2009, 484, 489 – Metrobus; *OLG Hamburg*, MMR 2008, 135 (LS.); *Spindler/Schuster/Müller*, § 14 MarkenG Rn. 46.

⁷ *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz, § 14 MarkenG Rn. 170ff., 179ff.

⁸ *Ulbricht*, Social Media und Recht, S. 15; vgl. *LG München I*, MMR 2006, 823 – Domain-Grabbing – feuerwehr-fehrbellin.de.

⁹ *Ulbricht*, Social Media und Recht, S. 15.

pediaeintrags, ein Unternehmensprofil erstellt.¹ In diesem Fall besteht die Gefahr, dass das Profil nur unzureichende oder sogar falsche Informationen enthält, was für das betroffene Unternehmen einen erheblichen Imageschaden befürchten lässt.

Daher stellt sich die Frage, ob das Unternehmen gegen den Plattformbetreiber einen Anspruch auf Löschung des unfreiwillig eingerichteten Profils hat. Neben marken- und urheberrechtlichen Ansprüchen kommt vor allem ein Unterlassungsanspruch aus **§ 1004 analog i. V. m. § 823 Abs. 1 BGB** wegen eines Eingriffs in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in Betracht. Dabei ist im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung entscheidend zu berücksichtigen, dass das betroffene Unternehmen faktisch zu einer Anmeldung bei dem Netzwerk gezwungen wird, um das fehlerhafte Profil korrigieren zu können² oder um zumindest ein eigenes Parallelprofil zu erstellen. Ob ein Unterlassungsanspruch in einem gerichtlichen Verfahren Erfolg haben kann, ist derzeit noch offen. Das bislang einzige Verfahren, das sich um die Rechtmäßigkeit eines solchen unfreiwilligen Unternehmensprofils in einem sozialen Netzwerk drehte, endete mit einem Vergleich, in dem sich XING zur Löschung der Unternehmensseite verpflichtete.³

15

C. Im Betrieb – Rechtliche Grundlagen der Social Media-Nutzung

I. Äußerungs- und Persönlichkeitsrecht

Über soziale Netzwerke werden Inhalte jeder Art ausgetauscht. Dies birgt die Gefahr, dass auch rechtsverletzende Äußerungen über eine Person oder ein Unternehmen verbreitet werden. Besonders relevant sind in diesem Zusammenhang Verletzungen des Persönlichkeitsrechts. Zu den Anspruchsvoraussetzungen und den Besonderheiten des zivilrechtlichen Schutzes gegen rechtswidrige Äußerungen im Internet sei an dieser Stelle auf Teil 8 verwiesen. Daher werden hier nur einige ausgewählte Fallbeispiele mit Bezug auf Äußerungen in sozialen Netzwerken dargestellt.

16

Ein relativ häufig zu beobachtendes Phänomen ist der **Identitätsdiebstahl** in sozialen Netzen.⁴ Das Erstellen von „Fake-Accounts“ kann dabei sehr unterschiedliche Hintergründe haben. Teilweise erstellen Fans Accounts von Prominenten, um dort mit anderen Fans zu diskutieren; in anderen Fällen werden Accounts unter fremdem Namen gezielt zum Mobbing eingesetzt. In beiden Fällen besteht auf der Seite des Betroffenen ein Interesse an der Löschung des „Fake-Accounts“. Der Ersteller des Accounts maßt sich – unabhängig von dem konkreten Inhalt des Profils – jedenfalls einen fremden Namen an, ohne die hierfür erforderliche Erlaubnis zu besitzen. Ein Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch gegen den Ersteller des Accounts ergibt sich demnach bereits aus dem Namensrecht (§ 12 BGB). Häufig werden zudem Fotos des Na-

17

¹ So etwa in diesem Fall <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Gericht-Automatisches-Unternehmensprofil-in-Xing-muss-nicht-hingenommen-werden-1243749.html> (Stand: 5/2012).

² Vgl. *LG Nürnberg-Fürth*, MMR-Aktuell 2011, 318514.

³ Vgl. Rn. 14 Fn. 1.

⁴ Beispiel: Unbekannte legen Facebook-Account eines CDU-Politikers an, <http://www.cdu-rostock.de/index.php?id=7&oid=450> (Stand: 5/2012).

mensinhabers hochgeladen, sodass auch eine Verletzung des Rechts am eigenen Bild oder ggf. von Urheber- oder Leistungsschutzrechten in Betracht kommt. Postet der Ersteller des Fake-Profiles auch Äußerungen auf seine oder eine fremde Seite, kann eine Persönlichkeitsrechtsverletzung darin liegen, dass dem Namensinhaber eine nicht getane Äußerung untergeschoben wird, die seinen sozialen Geltungsanspruch verletzt.¹ Die Persönlichkeitsrechtsverletzung resultiert dabei aus einer Verletzung des Selbstbestimmungsrechts; jeder soll selbst entscheiden dürfen, ob und mit welcher Äußerung er anderen gegenübertritt.²

18 Urteile im Zusammenhang mit **Beleidigungen** in sozialen Netzwerken zeigen, dass Persönlichkeitsrechtsverletzungen dort nicht anders bewertet werden als in der Offline-Welt.³ Doch Entscheidungen über Äußerungen in sozialen Netzwerken sind nicht zwangsläufig zivilrechtlicher Natur. In einem Fall, der vor dem VG Köln verhandelt wurde,⁴ wurde die Rechtmäßigkeit einer schulrechtlichen Maßnahme (Versetzung eines Schülers in eine Parallelklasse) bestätigt. Der Schüler war Mitglied einer **Mobbing-Gruppe** in einem sozialen Netzwerk und hatte dort Mitschüler selbst aktiv gemobbt. Eine besondere Rolle spielt das Äußerungs- und Persönlichkeitsrecht in sozialen Netzwerken auch im Zusammenhang mit dem Arbeitsrecht.⁵

19 Im Hinblick auf Unternehmerinteressen, die von Äußerungen in sozialen Netzen berührt sein können, spielen vor allem **Bewertungsportale** eine Rolle. Da diese für die Verbraucherentscheidung immer wichtiger werden, haben Unternehmen enorme wirtschaftliche Interessen an guten Bewertungen auf einem solchen Portal. Dennoch kann sich ein Hotelunternehmer nicht grundsätzlich dagegen wehren, auf einer Internetplattform bewertet zu werden, auch wenn die Bewertung anonym erfolgt.⁶ Das schutzwürdige Informationsinteresse der Allgemeinheit überwiege in diesem Fall das Unternehmerpersönlichkeitsrecht, da es dem Hotelbetreiber frei bleibe, sich gegen einzelne rechtswidrige Äußerungen gerichtlich zur Wehr zu setzen. Einen Anspruch auf Unterlassung jeglicher Bewertungen sei jedenfalls zu weitgehend und schränke die Meinungs- und Äußerungsfreiheit unverhältnismäßig ein. Ehrverletzende Tatsachenbehauptungen bei Google Maps müssen dagegen nicht hingenommen werden.⁷ Unabhängig davon, ob diese wahr oder unwahr sind, haftet der Hostprovider, wenn er auf eine entsprechende Mitteilung des Betroffenen die Ermittlung und Bewertung des Sachverhalts unterlässt.⁸ Eine Pflicht des Providers zur Aufklärung des Sachverhalts statuiert auch das LG Nürnberg-Fürth.⁹ Der Betreiber eines Internetportals zur Bewertung ärztlicher Leistungen muss konkrete Beanstandungen eines Arztes zu einer ihn betreffenden anonymen Bewertung sorgfältig prüfen und sich ggf. Nachweise des Verfassers vorlegen lassen.

¹ *BVerfG*, NJW 1980, 2070, 2071; vgl. auch *BGH*, NJW 1965, 685 – Soraya.

² *BVerfG*, NJW 1980, 2070, 2071.

³ *AG Bergheim*, UrT. v. 16. 6. 2011 – 60 C 37/11; *ArbG Bochum*, UrT. v. 29. 3. 2012 – 3 Ca 1283/11.

⁴ *VG Köln*, UrT. v. 19. 4. 2011 – 10 L 488/11.

⁵ S. Rn. 47 ff.

⁶ *OLG Hamburg*, CR 2012, 183; auch aus datenschutzrechtlichen Vorschriften ergibt sich kein Anspruch auf Löschung sämtlicher persönlicher Daten und Bewertungen, *OLG Frankfurt a. M.*, UrT. v. 8. 3. 2012 – 16 U 125/11.

⁷ *LG Berlin*, UrT. v. 5. 4. 2012 – 27 O 455/11.

⁸ Vgl. hierzu auch *BGH*, MMR 2012, 124 m. Anm. *Hoeren*.

⁹ *LG Nürnberg-Fürth*, B. v. 8. 5. 2012 – 11 O 2608/12.

II. Recht am eigenen Bild

Neben Urheberrechtsverletzungen gehören Verletzungen des Rechts am eigenen Bild wohl zu den häufigsten Rechtsverstößen in sozialen Netzen. Das schnelle und einfache Hochladen von Fotos und Videos verleitet dazu, Bilder, auf denen Freunde oder Bekannte abgebildet sind, öffentlich zugänglich zu machen. Doch auch bei Party- oder Urlaubsbildern gilt das Recht am eigenen Bild. Grundsätzlich muss niemand eine Veröffentlichung des eigenen Bildnisses ohne Einwilligung dulden (§ 22 Satz 1 KUG).

Eine Einwilligung ist jedoch nur dann erforderlich, wenn der Abgebildete eindeutig **erkennbar** ist.¹ Regelmäßig wird sich die Erkennbarkeit einer Person aus den Gesichtszügen oder sonstigen charakteristischen Besonderheiten der Person ergeben. Allerdings können auch äußere Umstände der Bildnisveröffentlichung, wie z. B. eine Bildunterschrift,² zu einer Erkennbarkeit führen.³ Daher wird man auch dann Erkennbarkeit annehmen müssen, wenn die Person nur von hinten zu sehen ist, sie aber in dem Foto bzw. Video markiert oder das Bild identifizierend betitelt wurde.

Die **Einwilligung** kann **ausdrücklich oder stillschweigend** erteilt werden.⁴ An die stillschweigende Einwilligung sind jedoch keine zu niedrigen Voraussetzungen anzulegen. Der Abgebildete muss ein Verhalten an den Tag legen, das von einem objektiven Empfänger nach Maßgabe der §§ 133, 157 BGB als Einwilligung interpretiert werden kann.⁵ Es genügt nicht, wenn der Abgebildete bloß das Anfertigen der Aufnahme duldet, da hierin noch keine Einwilligung zur Veröffentlichung im Internet gesehen werden kann.⁶ Eine stillschweigende Einwilligung kann erst dann angenommen werden, wenn der Abgebildete die Anfertigung der Aufnahme billigt und dabei Kenntnis ihres Zwecks hat.⁷ Von einer stillschweigenden Einwilligung in die Veröffentlichung in sozialen Netzwerken durch bloßes Lächeln in die Kamera kann also lediglich dann ausgegangen werden, wenn dem Abgebildeten die beabsichtigte Art der Veröffentlichung bereits beim Anfertigen der Aufnahme bekannt war. Würde die Veröffentlichung in einem sozialen Netzwerk nicht vor Anfertigung der Aufnahme klar gestellt oder zumindest erwähnt, ist davon auszugehen, dass die Beabsichtigung dieser Art der Veröffentlichung dem Abgebildeten nicht bekannt war. In diesem Fall kann nicht mehr von einer stillschweigenden Einwilligung ausgegangen werden. Das Hochladen eines eigenen Fotos in einem sozialen Netzwerk kann unter bestimmten Voraussetzungen eine Einwilligung in die **Weiterverwendung durch andere Nutzer**⁸ oder in die **Verwendung durch Suchmaschinen**⁹ darstellen.

¹ Schertz in: Loewenheim, Handbuch Urheberrecht, § 18 Rn. 7.

² BGH, GRUR 1966, 102 – Spielgefährtin.

³ Möhring/Nicolini/Gass, § 22 KUG Rn. 17; Schertz in: Loewenheim, Handbuch Urheberrecht, § 18 Rn. 7; Dreier/Schulze, § 22 KUG Rn. 3.

⁴ Dreier/Schulze, § 22 KUG Rn. 18; Wandtke/Bullinger/Fricke, § 22 KUG Rn. 13.

⁵ Wandtke/Bullinger/Fricke, § 22 KUG Rn. 15.

⁶ Schertz in: Loewenheim, Handbuch Urheberrecht, § 18 Rn. 16, Wandtke/Bullinger/Fricke, § 22 KUG Rn. 15.

⁷ BGH, GRUR 1968, 652, 654 – Ligaspieler; Schertz in: Loewenheim, Handbuch Urheberrecht, § 18 Rn. 16.

⁸ Vgl. Seitz, Teil 8 Rn. 37.

⁹ OLG Köln, MMR 2011, 323; LG Hamburg, ZUM-RD 2010, 623.

- 22 Bei beschränkt geschäftsfähigen und einsichtsfähigen **Minderjährigen** ist in der Regel zusätzlich eine Einwilligung der Eltern erforderlich (sog. Doppelzuständigkeit).¹ Bei Geschäftsunfähigen oder nicht einsichtsfähigen Minderjährigen ist nur die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erforderlich.²
- 23 Eine Einwilligung ist nicht erforderlich, wenn eine der **Ausnahmen des § 23 Abs. 1 KUG** eingreift, z. B. bei einem Bildnis einer Versammlung i. S. d. § 23 Abs. 1 Nr. 3 KUG. Dies gilt jedoch nur, wenn durch die Veröffentlichung keine berechtigten Interessen des Abgebildeten verletzt werden (§ 23 Abs. 2 KUG). Aufnahmen in sozialen Netzwerken sind häufig solche von privaten Veranstaltungen, wie Geburtstagen oder Partys. In diesen Fällen kommt eine Abbildungsfreiheit nach § 23 Abs. 1 Nr. 3 KUG nicht in Betracht.³

III. Urheberrecht

- 24 Soziale Netzwerke bieten die Möglichkeit eigene und fremde Inhalte zu verbreiten. Inhalte, die dort verbreitet werden, sind oft urheber- oder leistungsschutzrechtlich geschützt. Dies gilt insbesondere für **Fotos**, die entweder als Lichtbildwerk nach § 2 UrhG oder als Lichtbild nach § 72 UrhG geschützt sind. Auch verkleinerte Vorschau-bilder (sog. Thumbnails) sind urheberrechtlich geschützt.⁴
- 25 **Texte** sind nur dann geschützt, wenn sie den Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 UrhG, insbesondere der Schöpfungshöhe⁵ genügen. Hierbei kommt es nicht entscheidend auf die Länge des Textes an.⁶ Daher kann auch ein aus 140 Zeichen bestehender Twitter-Post (sog. Tweet) grundsätzlich urheberrechtliche Schutzfähigkeit erlangen.⁷ Ob ein so kurzer Text tatsächlich die notwendige Schöpfungshöhe aufweist, ist anhand des konkreten Inhalts zu ermitteln. Beschränkt sich der Tweet auf die Wiedergabe einer tatsächlichen Information ohne wertende Stellungnahme, wird man eine Schutzfähigkeit ablehnen müssen.⁸ Weist das Posting dagegen einen individuellen schöpferisch gestalteten Inhalt, wie z. B. ein kurzes Gedicht, auf, kann durchaus auch ein kurzer Text schutzfähig sein. Je länger der Text ist, desto größer ist naturgemäß auch der Gestaltungsspielraum des Urhebers, der zur Annahme der erforderlichen Schöpfungshöhe führen kann. Lädt der Nutzer eines sozialen Netzwerks einen urheberrechtlich geschützten Inhalt hoch, begeht er eine Urheberrechtsverletzung, die die Ansprüche nach den §§ 97 ff. UrhG auslöst.
- 26 Problematisch ist die rechtliche Einordnung der in sozialen Netzwerken **typischen Nutzerhandlungen**. So wird beim „Retweet“ eines Postings auf Twitter eine öffentliche Zugänglichmachung (§ 19 a UrhG) vorgenommen.⁹ Soweit der Tweet urheberrechtlich geschützt ist, stellt sich die Frage, ob eine **Einwilligung** des Urhebers vor-

¹ Dreier/Schulze, § 22 KUG Rn. 26.

² Möhring/Nicolini/Gass, § 22 KUG Rn. 21; Dreier/Schulze, § 22 KUG Rn. 25.

³ Vgl. Ulbricht, Social Media und Recht, S. 25.

⁴ BGH, ZUM 2010, 580 – Vorschau-bilder I.

⁵ Vgl. zu den Voraussetzungen Ernst, Teil 7.1 Rn. 7 ff.

⁶ Dreier/Schulze, § 2 Rn. 55.

⁷ Reinemann/Remmert, ZUM 2012, 216, 218; Krieg, K&R 2010, 73, 75; a. A. Ulbricht, Social Media und Recht, S. 59, der jedoch den gesamten Twitter-Stream nach § 87 a UrhG für schutzfähig hält (vgl. Rn. 75).

⁸ Reinemann/Remmert, ZUM 2012, 216, 218; vgl. auch OLG Karlsruhe, ZUM 2012, 49, 50.

⁹ Reinemann/Remmert, ZUM 2012, 216, 224.

liegt. Teilweise werden Tweets mit der Aufforderung „please retweet“ versehen, was als Einwilligung in die Weiterverbreitung des Tweets gesehen werden kann.¹ Fehlt es an einer solchen Aufforderung, wird teilweise dennoch von einer Einwilligung ausgegangen, da Twitter gerade auf die virale Verbreitung von Inhalten ausgerichtet ist.² Diese Rechtslage müsste dann jedoch auf alle sozialen Netzwerke übertragbar sein, da diese gleichermaßen auf die virale Weiterverbreitung ausgerichtet sind, z. B. bei Facebook durch die „Teilen“-Funktion.

Problematisch ist allerdings, ob allein das Hochladen eines urheberrechtlich geschützten Inhaltes in einem sozialen Netzwerk als **konkludente Einwilligung** in die Weiterverwertung durch andere Nutzer verstanden werden kann. Da das Urheberrecht im Zweifel die Tendenz hat beim Urheber zu verbleiben, sind an eine konkludente Einwilligung keine zu niedrigen Anforderungen zu stellen.³ Ein entsprechender Wille des Urhebers muss eindeutig zum Ausdruck kommen.⁴ In der „Thumbnails“-Entscheidung stellte der BGH fest, dass in dem bloßen Einstellen urheberrechtlich geschützter Werke ins Internet nicht der Wille zum Ausdruck kommt, einem Suchmaschinenbetreiber ein Nutzungsrecht einzuräumen, sondern lediglich dass diese Werke von anderen Internetnutzern angesehen werden können.⁵ Dies wird man beim Einstellen eines Inhalts in ein soziales Netzwerk anders sehen müssen, da diese Inhalte im Unterschied zu Inhalten auf herkömmlichen Webseiten auf eine virale Weiterverbreitung ausgerichtet sind. Der Nutzer erklärt sich durch das Hochladen konkludent damit einverstanden, dass der Inhalt „geteilt“ wird, andernfalls wäre der Zweck des sozialen Netzwerks in Frage zu stellen.⁶ Selbst wenn man der Ansicht ist, die Voraussetzungen für eine konkludente Einwilligung lägen nicht vor, wird man doch zumindest eine **schlichte Einwilligung**⁷ des Urhebers annehmen müssen. Zumindest dann, wenn er Inhalte im Social Web frei zugänglich macht, muss er mit den nach den Umständen üblichen Nutzungshandlungen rechnen.⁸ Hierzu zählt auch das „Teilen“ von Inhalten. Daher wird man eine Einwilligung auch in den Fällen annehmen können, in denen das Posting keine ausdrückliche Aufforderung zum „Teilen“ oder „Retweeten“ enthält.

IV. Datenschutz und der Facebook-Like-Button

Das Anklicken des Facebook-Like-Buttons bewirkt, dass durch ein Plug-In personenbezogene Daten über einen Website-Besucher erhoben, an Facebook übermittelt und mit dem Account des Besuchers verknüpft werden. Es stellt sich daher die Frage, ob eine Übermittlung der Daten an Facebook datenschutzrechtlich zulässig ist. Die Zulässigkeit der Weitergabe personenbezogener Daten setzt nach § 12 Abs. 1 TMG voraus, dass der Nutzer entweder vorher zugestimmt hat oder ein gesetzlicher Erlaubnistatbestand eingreift. Eine vorherige Zustimmung des Website-Besuchers ergibt sich

¹ Reinemann/Remmertz, ZUM 2012, 216, 224.

² Krieg, K&R 2010, 73, 76; zustimmend Reinemann/Remmertz, ZUM 2012, 216, 224.

³ Reinemann/Remmertz, ZUM 2012, 216, 225.

⁴ BGH, GRUR 2004, 938, 939 – Comic Übersetzungen III; OLG Köln, ZUM 2008, 76, 78; Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grunert, Vor §§ 31 ff. UrhG Rn. 45.

⁵ BGH, ZUM 2010, 580, 583.

⁶ Reinemann/Remmertz, ZUM 2012, 216, 224.

⁷ Vgl. hierzu v. Ungern-Sternberg, GRUR 2009, 369.

⁸ Vgl. BGH, ZUM 2010, 580, 584.

nicht bereits aus der Zustimmung zu den Facebook-Nutzungsbedingungen, da dort weder Art noch Umfang der Weitergabe geregelt sind.¹ Eine ausdrückliche und umfangreiche **Einwilligung des Nutzers i. S. d. § 13 TMG** einzuholen, scheint vielen Website-Betreibern zu umständlich.

- 29 Zum Teil wird vertreten, dass der Verstoß gegen § 13 TMG durch die Erlaubnisnorm des **§ 15 Abs. 1 TMG zu rechtfertigen** ist.² Diese Auffassung geht jedoch nach der hier vertretenen Ansicht zu weit. Die Übermittlung der Daten ist nicht erforderlich, um die Inanspruchnahme oder Abrechnung eines Telemediendienstes zu ermöglichen.³
- 30 Webseiten-Betreiber sollten daher in den **Datenschutzhinweisen** eine Erläuterung zu der Verwendung des Social-Plug-Ins aufnehmen und sich so eine Einwilligung des Nutzers einholen.⁴ Datenschutzwidrig ist eine Übertragung personenbezogener Daten jedenfalls dann, wenn sie schon beim bloßen Besuch der Seite ohne Anklicken des Plug-Ins stattfindet, da der Nutzer in diesem Fall keine Einwilligung erteilen kann.⁵ Es empfiehlt sich daher, die sog. **2-Klick-Lösung** anzuwenden. Zunächst wird die gewünschte Seite nur geladen, wobei Platzhalter die eigentlichen Buttons ersetzen. Bei Mauskontakt mit dem Platzhalter (sog. Mouseover) wird dem Nutzer automatisch ein Textfeld angezeigt, das bereits vor dem ersten Klick über die datenschutzrechtliche Problematik aufklärt. Aktiviert der Nutzer den Button dann durch einen ersten Klick, wird der eigentliche Button nachgeladen und eine Serververbindung mit dem sozialen Netzwerk hergestellt. Ein weiterer Klick führt dann die eigentliche Funktion des Buttons aus (z. B. „gefällt mir“).
- 31 Fraglich ist in diesem Zusammenhang auch, ob bei einem fehlenden Datenschutzhinweis ein **Abmahnrisiko** wegen Verstoßes gegen das Wettbewerbsrecht besteht. Gem. §§ 3, 4 Nr. 11 UWG kann sich die Unlauterkeit einer geschäftlichen Handlung daraus ergeben, dass ein Mitbewerber einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. § 13 TMG müsste also eine **Markverhaltensnorm i. S. d. § 4 Nr. 11 UWG** darstellen. In einer aktuellen Entscheidung des LG Berlin⁶ wurde dies mit dem Argument abgelehnt, § 13 TMG diene in erster Linie dem Persönlichkeitsschutz des Betroffenen und nicht der Lauterkeit des Wettbewerbs. Die datenschutzrechtliche Zulässigkeit des Facebook-Like-Buttons wurde aufgrund dessen nicht geprüft. Ob andere Gerichte ebenfalls die Abmahnfähigkeit des Datenschutzrechtsverstoßes verneinen, bleibt indes offen.⁷ Unabhängig davon stellt jedoch der fehlende Datenschutzhinweis

¹ Vgl. *Ernst*, NJOZ 2010, 1917, 1919; *Ulbricht*, Social Media und Recht, S. 129.

² *Vöigt/Alich*, NJW 2011, 3541, 3543, die jedoch bereits die datenschutzrechtliche Relevanz des Like-Buttons in Frage stellen; <http://www.thomashelbing.com/de/facebook-social-plugin-ins-datenschutz-bdsg-datenschutzhinweise-privacy-policy-like-button-gefällt-mir> (Stand: 5/2012).

³ So auch *Ernst*, NJOZ 2010, 1917, 1919, der jedoch daran zweifelt, dass überhaupt Nutzungsdaten übertragen werden; *Ulbricht*, Social Media und Recht, S. 129.

⁴ Musterdatenschutzerklärung unter <http://www.wbs-law.de/internetrecht/muster-datenschutzerklaerung-facebook-like-button-5712/> (Stand: 5/2012).

⁵ *Duchrow*, MMR-Aktuell 2011, 320091.

⁶ *LG Berlin*, ZUM 2011, 516; bestätigt durch *KG Berlin*, ZUM 2011, 568; kritisch *Duchrow*, MMR-Aktuell 2011, 320091.

⁷ Für eine datenschutzrechtliche Marktverhaltensnorm *OLG Stuttgart*, MMR 2007, 437 (zu § 28 Abs. 3 BDSG).

einen Verstoß gegen § 13 TMG dar, der nach § 16 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 TMG mit einer Geldbuße von bis zu 50 000 Euro geahndet werden kann.

D. Social Media Marketing

I. Werbung per Direct Message

32 Soziale Netzwerke bieten nicht nur die Möglichkeit Beiträge der Öffentlichkeit zugänglich zu machen, sondern auch einzelnen Nutzern persönliche Nachrichten (sog. PNs oder Direct Messages) innerhalb des Netzwerks zu schicken. Enthält eine solche Nachricht werblichen Inhalt, kann eine **unzumutbare Belästigung** i. S. d. § 7 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 UWG vorliegen. Der Begriff der „elektronischen Post“ (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG) ist richtlinienkonform auszulegen.¹ Nach Art. 2 Satz 2 lit. h) der Richtlinie 2002/58/EG (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) ist elektronische Post jede über ein öffentliches Kommunikationsnetz verschickte Text-, Sprach-, Ton- oder Bildnachricht, die im Netz oder im Endgerät des Empfängers gespeichert werden kann, bis sie von diesem abgerufen wird. Somit fallen nicht nur E-Mails und SMS, sondern auch private Nachrichten in sozialen Netzwerken unter den Begriff der elektronischen Kommunikation.² Die Versendung einer solchen Nachricht ist wettbewerbswidrig, wenn **keine vorherige ausdrückliche Einwilligung** des Adressaten vorliegt. An einer solchen wird es in der Praxis regelmäßig fehlen. Eine bloß konkludente Einwilligung ist nicht ausreichend. Daher kann allein aus der Tatsache, dass der Adressat „Fan“ oder „Follower“ des Absenders der Werbenachricht ist, nicht geschlossen werden, dass er auch in den Empfang von privaten Nachrichten eingewilligt hat.

33 Der Versand einer privaten Nachricht ohne Einwilligung des Absenders stellt somit einen Wettbewerbsverstoß dar. Der Empfänger einer unzulässigen privaten Nachricht ist durch die unerwünschte Belästigung in seinem **Persönlichkeitsrecht** verletzt, so dass er gegen den Absender einen Unterlassungs- ggf. sogar einen Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 i. V. m. § 1004 BGB hat.³ Unterhält der Empfänger den Social Media-Account selbst als Gewerbetreibender, kann ein unzulässiger **Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb** vorliegen.⁴

II. Schleichwerbung

34 Die Anonymität im Internet bietet die Möglichkeit, Werbung in Blogs, Foren oder Bewertungsportalen zu platzieren, ohne diese als solche kenntlich zu machen. Da positive Rezensionen für den Absatz von Produkten und Dienstleistungen immer wichtiger werden, versuchen Unternehmen nicht selten, auf diese Einfluss zu nehmen.

¹ Köhler/Bornkamm, § 7 UWG Rn. 196.

² So auch Ulbricht, Social Media und Recht, S. 100.

³ Vgl. zu unerwünschter E-Mail Werbung an Privatperson *LG Berlin*, MMR 2000, 704; *AG Rostock*, MMR 2003, 345; *AG Ludwigshafen*, MMR 2006, 421; *AG Brakel*, MMR 1998, 492; Köhler/Bornkamm, § 7 UWG Rn. 199; Spindler/Schuster/Nink, § 823 BGB Rn. 32.

⁴ Vgl. zu unerwünschter E-Mail Werbung an Gewerbetreibende *KG Berlin*, NJOZ 2002, 2203; *LG Karlsruhe*, MMR 2002, 402.

Die Tarnung werblicher Inhalte kann einen Wettbewerbsverstoß nach § 4 Nr. 3 UWG, § 3 Abs. 3 i. V. m. Nr. 11 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG oder § 6 TMG i. V. m. § 4 Nr. 11 UWG darstellen.

- 35 Ein Verstoß gegen **§ 4 Nr. 3 UWG** liegt vor, wenn der Werbecharakter einer geschäftlichen Handlung verschleiert wird. Ein lobender Blogbeitrag, den eine Rechtschutzversicherung unter dem Namen einer Privatperson in das Internet einstellt, stellt eine Verschleierung des Werbecharakters dar.¹ Eine wettbewerbswidrige Verletzung des Trennungsgebots liegt vor, wenn ein Link von einer redaktionell gestalteten Seite auf eine Werbeseite verweist und dies für den Nutzer nicht erkennbar ist.² In diesen Fällen liegt außerdem ein Verstoß gegen **§ 6 TMG i. V. m. § 4 Nr. 11 UWG** vor, z. B. wenn Blogger für werbende Beiträge bezahlt werden.³ Zudem muss das Trennungsgebot des § 58 RStV beachtet werden.⁴ Insofern ist eine ausreichende Kennzeichnung des werblichen Charakters unerlässlich.
- 36 Das Problem der Erkennbarkeit des Werbecharakters stellt sich vor allem im Bereich des **virealen Marketings**. Es handelt sich dabei oft um ansprechend gestaltete oder lustige Imagevideos, die sich über Plattformen wie Youtube oder MyVideo schnell verbreiten lassen.⁵ Oftmals ist der Werbecharakter dabei für den durchschnittlichen Adressaten nicht erkennbar. Ist das Video nicht ausschließlich auf einer Unterseite des werbenden Unternehmens abgelegt, bedarf es daher einer ausdrücklichen Kennzeichnung des werblichen Inhalts.⁶ Ein entsprechender Hinweis (z. B. „sponsored by ...“) sollte entweder am Anfang und/oder Ende des Videos, bestenfalls fort-dauernd, eingeblendet werden.⁷

III. Tell-a-friend-Funktionen

- 37 Im Bereich des digitalen Marketings wird auch die Verwendung von E-Mail basierten Werbemaßnahmen, wie der „Tell-a-friend-Funktion“, immer beliebter. Bei dieser Form der Laienwerbung wird die Werbebotschaft nicht durch das Unternehmen selbst, sondern durch eine eigenverantwortlich handelnde Privatperson verbreitet. Da es regelmäßig an einer Einwilligung des Empfängers der Empfehlung-E-Mail fehlt, kommt ein Verstoß gegen § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG sowie ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Betracht.
- 38 Unter welchen Voraussetzungen die Versendung von „Tell-a-friend-Mails“ rechtmäßig ist, ist in Rechtsprechung und Literatur noch nicht abschließend geklärt.⁸ Aus Sicht des OLG Nürnberg kann eine „Tell-a-friend-Funktion“ unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten rechtmäßig sein, wenn der Empfehlung des Freundes

¹ *LG Hamburg*, B. v. 3. 1. 2012 – 312 O 715/11, bestätigt durch *LG Hamburg*, Urt. v. 24. 4. 2012 – 312 O 715/11.

² *KG Berlin*, GRUR 2007, 254.

³ *Köhler/Bornkamm*, § 4 UWG Rn. 3.41.

⁴ *Leitgeb*, ZUM 2009, 39, 43.

⁵ Bsp.: Fahrstunde mit Hape Kerkeling als Horst Schlämmer, gesponsert von Volkswagen.

⁶ Vgl. *Spindler/Schuster/Micklitz/Schirmbacher*, § 6 TMG Rn. 12.

⁷ *Leitgeb*, ZUM 2009, 39, 48.

⁸ Vgl. dazu *AG Berlin-Mitte*, VuR 2010, 77; *OLG Nürnberg*, MMR 2006, 111; *LG Berlin*, B. v. 18. 8. 2009 – 15 S 8/09; *LG Berlin*, CR 2012, 270; *Wölff*, Teil 11 Rn. 98; *Köhler/Bornkamm*, § 7 UWG Rn. 201; *Weber/Meckbach*, MMR 2007, 482.

keine weiteren Werbeinformationen beigefügt werden.¹ Auch das LG Berlin geht davon aus, dass sich die Rechtswidrigkeit einer Produktempfehlung durch einen Dritten daraus ergeben kann, dass die Empfehlungs-E-Mail Werbung enthält.² Für die Versendung einer solchen Mail durch einen Dritten hafte das initiiierende Unternehmen zumindest dann als Störer, wenn dem Absender Prämien für die Versendung der Empfehlung versprochen werden.

In der Entscheidung des LG Berlin zum **Facebook-Freundefinder** vertritt das Gericht sogar eine noch strengere Rechtsauffassung.³ Danach hafte Facebook für die Versendung von Einladungs- und Erinnerungs-Mails ohne Einwilligung des Empfängers sogar als Mittäter. Die Versendung der Mails beruhe nicht auf einem autonomen Entschluss eines Dritten, vielmehr wirke Facebook durch die Erstellung und den Versand der E-Mails bewusst und gewollt mit dem Nutzer zusammen, der die Adressdaten bereitstellt. Diese Entscheidung lässt daran zweifeln, dass „Tell-a-friend-Funktionen“ überhaupt rechtskonform eingesetzt werden können. 39

IV. Gekaufte Nutzermeinungen

Auf vielen Internetportalen existiert die Möglichkeit Produkte oder Dienstleistungen eines Unternehmens zu bewerten. Diese Bewertungen spielen bei der Kaufentscheidung des potentiellen Kunden eine wichtige Rolle, da sie eine gewisse Glaubwürdigkeit abseits der Werbung suggerieren. Diese Tatsache haben auch die bewerteten Unternehmen erkannt. Teilweise werden daher gezielt Nutzer durch das Versprechen von Prämien oder anderen Vorteilen dazu animiert, die Produkte des Unternehmens in Bewertungsportalen besonders zu loben, bzw. die eines Konkurrenten abzuwerten. 40

Durch die Ergreifung einer solchen Maßnahme wird der Werbecharakter der platzierten Botschaft verschleiert. Dies ist nach § 4 Nr. 3 UWG sowie Nr. 11 der „schwarzen Liste“ des UWG im Anhang zu § 3 Abs. 3 **wettbewerbswidrig** und stellt einen Verstoß gegen die Informationspflicht bei kommerzieller Kommunikation im Internet (§ 6 TMG) dar.⁴ Das Versprechen eines Rabatts für die Abgabe einer Empfehlung kann außerdem eine **Irreführung** i. S. d. § 5 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Nr. 1 UWG darstellen, wenn auf dem Bewertungsportal nicht ausdrücklich auf die versprochene Gegenleistung hingewiesen wird.⁵ Neben den kostenpflichtigen Abmahnungen, die bei Entdeckung einer derartigen Werbemaßnahme drohen, dürfte jedoch der entstehende Imageschaden des Unternehmens um ein Vielfaches größer sein. 41

¹ Vgl. OLG Nürnberg, MMR 2006, 111.

² LG Berlin, K&R 2009, 823.

³ LG Berlin, CR 2012, 270.

⁴ Köhler/Bornkamm, § 4 UWG Rn. 3.41.

⁵ OLG Hamm, Urt. v. 23. 11. 2010 – I-4 U 136/10.

E. Social Media und Arbeitsrecht

I. Social Media Monitoring

- 42 Arbeitgeber haben oftmals Interesse an Informationen über einen Bewerber/Arbeitnehmer, die im Internet abrufbar sind. Um an diese Informationen zu gelangen, bietet sich die schnelle und einfache Recherche in Suchmaschinen und sozialen Netzwerken an. Solche Online-Recherchen stellen jedoch Datenerhebungen i. S. d. § 3 Abs. 3 BDSG dar. Bereits die bewusste und gewollte, rein visuelle Wahrnehmung der Arbeitnehmerdaten, erfordert somit eine Beachtung des BDSG.¹ Unter „Beschäftigte“ i. S. d. § 3 Abs. 11 Nr. 1, 7 BDSG werden sowohl Bewerber als auch Arbeitnehmer und gekündigte Arbeitnehmer gefasst. Somit erstreckt sich der Schutz auch auf die Zeit vor und nach dem Arbeitsverhältnis.²
- 43 Nach § 4 Abs. 1 BDSG muss der Beschäftigte in die Erhebung seiner Daten einwilligen. Eine freiwillige Einwilligung nach **§ 4 Abs. 1, § 4a BDSG** wird in der Praxis jedoch regelmäßig fehlen. Zwar wäre eine solche Einwilligung vorstellbar, etwa wenn der Bewerber im Rahmen seines Bewerbungsschreibens auf Informationen im Internet verweist³ oder er im Zusammenhang mit einem Verbot der Nutzung sozialer Netzwerke während der Arbeitszeit einer stichprobenartigen Kontrolle seines Internetkonsums zustimmt. Der Einwilligende müsste jedoch im Vorfeld gem. § 4a Abs. 1 Satz 2 BDSG durch den Arbeitgeber auf den Zweck der Erhebung und die Folgen bei der Verweigerung einer Einwilligung hingewiesen werden. Spätestens am Fehlen dieses Hinweises wird die Wirksamkeit der Einwilligung in der Praxis meist scheitern.
- 44 Social Media Monitoring ist auch im Hinblick auf den **Grundsatz der Direkterhebung** (§ 4 Abs. 2 Satz 1 BDSG) problematisch. Danach müsste der Arbeitgeber die Informationen beim Beschäftigten selbst erheben. Beim Monitoring findet die Datenerhebung jedoch auf der Internetplattform und somit bei einem Dritten statt. Nach § 4 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BDSG gilt der Direkterhebungsgrundsatz nicht, wenn eine Rechtsvorschrift die Datenerhebung ohne Mitwirkung des Betroffenen legitimiert. In Betracht kommt hier eine Legitimation nach **§ 32 Abs. 1 BDSG**. Danach dürfen personenbezogene Daten i. S. d. § 3 Abs. 1 BDSG⁴ zu Beschäftigungszwecken nur erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist. Hierbei ist zu beachten, dass die Datenerhebung außerdem angemessen und geeignet, ferner verhältnismäßig sein muss.⁵ Die Informationsbeschaffung müsste sich somit auf Fragen nach fachlichen Fähigkeiten, Kenntnissen und Erfahrungen beziehen.⁶ Zur Zulässigkeit einer Datenerhebung über Suchmaschinen oder soziale Netzwerke trifft § 32 BDSG keine Regelung. Denkbar ist, dass sich diese Form der Datenerhebung nach **§ 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BDSG** richtet. Dieser gestattet als

¹ *Bissels/Lützeler/Wisskirchen*, BB 2010, 2433, 2437; *Ernst*, NJOZ 2011, 953, 955; *Simitis*, § 3 BDSG Rn. 102.

² *Däubler/Klebe/Wedde/Weichert*, § 32 BDSG Rn. 3.

³ *Ernst*, NJOZ 2011, 953, 955; *Forst*, NZA 2010, 427, 429.

⁴ Vgl. Definition *Schmitz*, Teil 16 Rn. 76.

⁵ *Forst*, NZA 2010, 427, 429; *Thüsing*, NZA 2009, 865, 867f.

⁶ BT-Drs. 16/13657, S. 36.

Ausnahmebestimmung zum Direkterhebungsgrundsatz die Erhebung von allgemein zugänglichen Daten, soweit nicht ein schützenswertes Interesse des Betroffenen das Interesse des Arbeitgebers überwiegt.¹ Zu bedenken ist jedoch, ob § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BDSG von § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG verdrängt wird. Nach der in der Literatur vorherrschenden Auffassung² und nach Auslegung der Gesetzesbegründung zum Regierungsentwurf³ steht § 32 BDSG zu § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BDSG nicht in einem Spezialitätsverhältnis, da § 32 BDSG allein die Datenerhebung im Vorfeld eines Arbeits- und somit Vertragsverhältnisses regelt. § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BDSG setzt aber gerade kein derartiges Vertragsverhältnis voraus.⁴

Wendet man, mit der h. M. § 28 Abs. 1 Satz 1 BDSG an, müssten die recherchierten Daten allgemein zugänglich sein.⁵ **Informationen aus Internetsuchmaschinen** stellen, nach fast einhelliger Ansicht, allgemein zugängliche Daten i. S. d. § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BDSG dar.⁶ Die Bewertung von **Informationen aus sozialen Netzwerken** ist dagegen umstritten. Eine Ansicht sieht diese Informationen grundsätzlich als allgemein zugänglich an.⁷ Andere differenzieren nach dem Charakter des sozialen Netzwerkes.⁸ Entscheidend sei, ob es sich um ein berufsorientiertes Netzwerk wie beispielsweise XING oder LinkedIn oder um ein privates Netzwerk wie Facebook oder StudiVZ handelt. Der Arbeitgeber sei bei freizeitorientierten Netzwerke schon durch die Nutzungsbedingungen an der Datenerhebung zu geschäftlichen Zwecken gehindert.⁹ Dass sich der Arbeitgeber bei einem sozialen Netzwerk anmelden muss, um Informationen einsehen zu können, schließt den allgemein zugänglichen Charakter der Informationen nicht aus.¹⁰ Ein soziales Netzwerk ist somit kein „geschützter Bereich“¹¹. Des Weiteren erfordert § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BDSG, eine einzelfallabhängige Interessenabwägung zwischen dem schutzwürdigen Interesse des Beschäftigten und dem berechtigten Interesse des Arbeitgebers.¹²

Dass es zum Schutz der Arbeitnehmer genauerer gesetzlicher Regelungen bedarf, hat der Gesetzgeber inzwischen erkannt. Der Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes (Stand: 15. 12. 2010)¹³ trifft in § 32 Abs. 6 BDSG-E

¹ Bissels/Lützelers/Wisskirchen, BB 2010, 2433, 2437; Forst, NZA 2010, 427, 432; Oberwetter, BB 2008, 1562, 1564.

² Ernst, NJOZ 2011, 953, 955; Forst, NZA 2010, 427, 429ff.; Wellhörner/Byers, BB 2009, 2310, 2315; Bissels/Lützelers/Wisskirchen, BB 2010, 2433, 2437; Hoormann in: Tagungsband Herbstakademie, S. 581.

³ BT-Drs. 16/13657, S. 20.

⁴ Bissels/Lützelers/Wisskirchen, BB 2010, 2433 (2437) mwN.

⁵ S. Definition Simitis, § 28 BDSG Rn. 151; Gola/Schomerus, § 28 BDSG Rn. 32.

⁶ Ernst, NJOZ 2011, 953, 955; Taeger/Gabel, § 28 BDSG Rn. 81; Gola/Schomerus, § 28 BDSG Rn. 33a; Spindler/Schuster/Nink, § 28 BDSG Rn. 7.

⁷ Taeger/Gabel, § 28 BDSG Rn. 82.

⁸ Bissels/Lützelers/Wisskirchen, BB 2010, 2433, 2437; Forst, NZA 2010, 427, 431.

⁹ Z.B. statuiert StudiVZ in seinen AGB, dass das Netzwerk nur für private Zwecke genutzt werden darf und untersagt ausdrücklich die Nutzung für die Personaldatenerhebung des Arbeitgebers; AGB StudiVZ, Nr. 5.4.1 (Stand: 4/2012).

¹⁰ Ernst, NJOZ 2011, 953, 955; Hoormann in: Tagungsband Herbstakademie, S. 582; Bissels/Lützelers/Wisskirchen, BB 2010, 2433, 2437; a. A. Forst, NZA 2010, 427, 431.

¹¹ Ernst, NJOZ 2011, 953, 955; Hoormann in: Tagungsband Herbstakademie, S. 582.

¹² Bissels/Lützelers/Wisskirchen, BB 2010, 2433, 2437; vgl. Rolf/Rötting, RIDV 2009, 263, 265f. unter Verweis auf LG Köln, Urt. v. 30. 1. 2008 – 28 O 319/07, K&R 2008, 188.

¹³ BT-Drs. 17/4230 v. 15. 12. 2010.

konkrete Aussagen über die Datenerhebung in Suchmaschinen oder sozialen Netzwerken. Nach der Gesetzesbegründung sind allgemein zugängliche Daten solche, die im Internet bei bestimmungsgemäßer Nutzung für jedermann, insbesondere über Suchmaschinen, abrufbar sind. Keine allgemeine Zugänglichkeit soll vorliegen, wenn Daten nur einem beschränkten Personenkreis zugänglich sind, etwa ausgewählten Freunden.¹ Eine weitere Interessenabwägung ist nach § 32 Abs. 6 Satz 3 BDSG-E nur noch bei Informationen aus berufsorientierten Netzwerken erforderlich.²

II. Grenzen der Meinungsfreiheit im Arbeitsverhältnis

47 Auch Arbeitnehmer haben nach Art. 5 Abs. 1 GG das Recht, ihre Meinung frei zu äußern und zu verbreiten.³ Grundsätzlich hat der Arbeitgeber daher kein Recht, private Äußerungen des Arbeitnehmers im Web 2.0 zu untersagen oder zu sanktionieren. Beeinträchtigt jedoch das außerdienstliche Verhalten das Arbeitsverhältnis konkret, kann der Arbeitgeber gegen die Äußerung vorgehen.⁴ Grund dafür ist, dass der Arbeitnehmer gem. **§§ 241 Abs. 2, 242 BGB** einer arbeitsvertraglichen **Rücksichtnahme- und Treupflicht** unterliegt. Sein privates Verhalten darf nicht zu einem (Image-)Schaden des Arbeitgebers führen.⁵ In der Praxis sind verschiedene Konstellationen bekannt, bei dem private Aussagen gerade wegen der Arbeitsbeziehung dem Unternehmen schaden.⁶

48 **1. Negative Äußerungen.** Unwahre Tatsachenbehauptungen,⁷ Schmähkritik oder Formalbeleidigungen des Arbeitgebers, Kollegen oder Kunden sind grundsätzlich nicht vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG gedeckt und daher stets rechtswidrig.⁸ Jedoch kann auch zulässige Kritik⁹ des Arbeitnehmers in einem sozialen Netzwerk, einen unzulässigen Verstoß gegen arbeitsvertragliche Treupflichten darstellen, wenn dem Unternehmen ein besonderer Schaden entsteht.¹⁰ Hierbei ist eine Abwägung zwischen dem Interesse des Arbeitgebers an einem unbeschädigten Ruf und der Meinungsäußerungsfreiheit des Arbeitnehmers erforderlich, die die Umstände des

¹ BT-Drs. 17/4230 v. 15. 12. 2010, S. 16.

² Göpfert/Wilke, NZA 2010, 1329.

³ Vgl. BAG, NZA 2006, 650, 651; <http://www.rechtzweinull.de/index.php?/archives/162-Social-Media-Richtlinien-Recht-Grenzen-der-Meinungsfreiheit-im-Arbeitsverhaeltnis.html> (Stand: 5/2012).

⁴ Bissels/Lützel/Wisskirchen, BB 2010, 2433, 2434; Schwenke, Social Media, S. 420f.

⁵ BAG, NZA-RR 2006, 636; Göpfert/Wilke, ArbRAktuell 2011, 159, 160; Schwenke, Social Media, S. 421; Bissels/Lützel/Wisskirchen, BB 2010, 2433, 2434; Lützel/Bissels, ArbRAktuell 2011, 499, 501.

⁶ Schwenke, Social Media, S. 421.

⁷ Wie z. B. bewusst falsche Aussagen des Arbeitnehmers über die wirtschaftliche und finanzielle Lage des Unternehmens, die geeignet sind der Kreditwürdigkeit des Arbeitgebers zu schaden; vgl. LAG Baden-Württemberg, DB 1968, 359; Bissels/Lützel/Wisskirchen, BB 2012, 2433, 2435.

⁸ BAG, Urt. v. 6. 11. 2003 – 2 AZR 177/02; vgl. BAG, NZA 2005, 158, 159; Bissels/Lützel/Wisskirchen, BB 2010, 2433, 2435.

⁹ Diese kann auch durch Betätigung des „I-like-Buttons“ von Facebook geäußert werden; vgl. AG Dessau, Urt. v. 21. 3. 2012 – Ca 148/11.

¹⁰ <http://www.rechtzweinull.de/index.php?/archives/162-Social-Media-Richtlinien-Recht-Grenzen-der-Meinungsfreiheit-im-Arbeitsverhaeltnis.html> (Stand: 5/2012).

Einzelfalls berücksichtigt.¹ Wegen der hohen verfassungsrechtlichen Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit und der ultima-ratio-Funktion der Kündigung wird eine Kündigung ohne vorherige Abmahnung nur in Extremfällen² gerechtfertigt sein.³

2. Whistleblowing. Mitarbeiter sind aufgrund ihrer Treuepflicht dazu angehalten, Missstände zuerst intern zu kritisieren, bevor sie an die Öffentlichkeit treten. Dabei ist es ihnen untersagt, Betriebsinterna im Rahmen ihrer Aussage zu veröffentlichen.⁴ Dies gilt ausnahmsweise dann nicht, wenn die Veröffentlichung der Gefahrenabwehr dient oder schwere Gesetzesverstöße offenlegt.⁵ Die Anforderungen an ein zulässiges „Whistleblowing“ sind jedoch sehr hoch und vom konkreten Einzelfall abhängig. Die Konsequenz eines unzulässigen „Whistleblowings“ zeigt, wie stark es auf die konkreten Umstände ankommt. So entschieden deutsche Arbeitsgerichte, dass das Arbeitsverhältnis gem. §§ 9, 10 KSchG aufzulösen ist,⁶ bzw. sahen im „Whistleblowing“ sogar einen verhaltensbedingten oder gar wichtigen Kündigungsgrund.⁷ Der EGMR dagegen stärkte die Rechte der Arbeitnehmer, die Missstände im Unternehmen an die Öffentlichkeit bringen.⁸ **49**

3. Verrat von Geschäftsgeheimnissen. Der Arbeitnehmer ist gem. § 242 BGB zur Geheimhaltung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen⁹ verpflichtet.¹⁰ Bei diesen handelt es sich um Tatsachen, die nicht vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG gedeckt sind.¹¹ Wie weit die Verschwiegenheitspflicht reicht, ist durch eine Interessenabwägung zu ermitteln.¹² Ein Verstoß kann je nach Schwere eine ordentliche oder außerordentliche Kündigung rechtfertigen.¹³ Ggf. drohen nach § 17 UWG auch strafrechtliche Konsequenzen. **50**

4. Anschein, für das Unternehmen zu sprechen. Das Arbeitsverhältnis ist zudem konkret beeinträchtigt, wenn der Mitarbeiter im Rahmen seiner privaten Aktivität in sozialen Netzwerken den Eindruck vermittelt, er trete im Namen oder Geheiß des Arbeitgebers auf.¹⁴ **51**

¹ BAG, NZA 2010, 698; BAG, DB 2003, 1797f.; LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 8. 4. 2010 – 4 Sa 474/09; Bissels/Lützel/Wisskirchen, BB 2010, 2433, 2435.

² Fristlose Kündigung, insb. wenn der Arbeitnehmer den Arbeitgeber, Kollegen oder Kunden grob beleidigt; BAG, NZA 2010, 698; BAG, DB 2003, 1797ff.; LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 8. 4. 2010 – 4 Sa 474/09; Bissels/Lützel/Wisskirchen, BB 2010, 2433, 2435.

³ Vgl. Bay VGH, B. v. 29. 2. 2012 – 12 C 12 264; ArbG Bochum, Urt. v. 29. 3. 2012 – Ca1283/11; Göpfert/Wilke, ArbRAktuell 2011, 159, 160.

⁴ Schwenke, Social Media, S. 421.

⁵ Schwenke, Social Media, S. 160; Bissels/Lützel/Wisskirchen, BB 2010, 2433, 2436.

⁶ LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 20. 3. 2012 – 2 Sa 331/11.

⁷ Vgl. BAG, BB 2004, 1964ff.; Gänßle, FA 2005, 66; Bürkle, DB 2004, 2158; Bissels/Lützel/Wisskirchen, BB 2012, 2433, 2436.

⁸ Vgl. EGMR, NZA 2011, 1269ff.

⁹ S. Definition MünchArbR/Reichhold, § 48 Rn. 34ff.

¹⁰ Göpfert/Wilke, ArbRAktuell 2011, 159, 160f.; Schwenke, Social Media, S. 421.

¹¹ Vgl. z. B. § 17 UWG, § 79 BetrVG; Lelley/Fuchs, CCZ 2010, 147, 149.

¹² Bissels/Lützel/Wisskirchen, BB 2010, 2433, 2435.

¹³ Vgl. BAG, DB 1974, 1067ff.; LAG Berlin Urt. v. 10. 7. 2003 – 16 Sa 545/03; MünchArbR/Reichhold, § 48 Rn. 46.

¹⁴ Bissels/Lützel/Wisskirchen, BB 2010, 2433, 2434.

III. Wer ist „Eigentümer“ von Social Media Accounts?

- 52 Kundenakquise, -pflege und -verwaltung erfolgt in immer mehr Unternehmen über berufsorientierte Netzwerke wie XING und LinkedIn.¹ Probleme können sich jedoch dann ergeben, wenn der Mitarbeiter, der den Account des jeweiligen Netzwerks betreut hat, das Unternehmen verlässt. Fließen damit die Kunden- und Geschäftskontakte – u. U. sogar an die Konkurrenz – ab? Oder trifft den Arbeitnehmer die Pflicht, diese Informationen bzw. sogar den gesamten Account herauszugeben? Im Arbeitsrecht sind zwei Grundsätze im Umgang mit Informationen und Arbeitsmitteln zu beachten. Zum einen „muss der Arbeitnehmer die Informationen, die bei ordnungsgemäßer Organisation für die Tätigkeit notwendig sind, am Arbeitsplatz hinterlassen. Er darf diese nicht bewusst unterschlagen oder beseitigen.“² Zum anderen ist der Arbeitnehmer dazu verpflichtet „nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses die ihm zur Verfügung gestellten Arbeitsmittel an den Arbeitgeber aufgrund einer ausdrücklichen Bestimmung im Arbeitsvertrag, Aufhebungsvertrag oder – falls eine solche Vereinbarung nicht getroffen wurde – gem. §§ 861 f., 677, 985 BGB heraus(zu)geben.“³ Darunter sind insbesondere Geschäftsunterlagen wie die von einem Arbeitnehmer angefertigte Kundenkartei⁴ und Kundendaten⁵ zu verstehen.
- 53 Für die Übertragung dieser Grundsätze auf einen Social Media Account und die Konkretisierung was genau herauszugeben ist (der Account selbst oder nur die Daten), kommt es maßgeblich darauf an, wem der Account gehört. Entscheidend ist auch, ob der Account dienstlich genutzt wird und damit als Arbeitsmittel qualifiziert werden kann. In diesem Fall wäre der Arbeitgeber Inhaber des Accounts. Wird der Account dagegen rein privat genutzt, steht er dem Arbeitnehmer auch nach dessen Ausscheiden aus dem Unternehmen zu.⁶ Wer der Inhaber eines Accounts ist, ist anhand der Umstände des Einzelfalls zu ermitteln.⁷
- 54 Rein **privat** ist ein Account jedenfalls dann, wenn er mit der privaten E-Mail-Adresse verknüpft ist, die private Adresse des Arbeitnehmers hinterlegt wurde und der Arbeitnehmer den Account selbst bezahlt. Ein solcher Account ist nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht an den Arbeitgeber herauszugeben. Der Arbeitnehmer darf den Account ohne Einschränkung weiter nutzen.⁸ Er muss dem Arbeitgeber jedoch Informationen, die für die Fortführung der Kundenbeziehung erforderlich sind,

¹ *Bissels/Lützel/Wisskirchen*, BB 2012, 2433, 2438; *Lelley/Fuchs*, CCZ 2010, 147, 148; *Ernst*, NJOZ 2011, 953, 957.

² *Hoormann* in: Tagungsband Herbstakademie, S. 590.

³ *Bissels/Lützel/Wisskirchen*, BB 2012, 2433, 2483, unter Verweis auf *LAG Niedersachsen*, Urt. v. 21. 10. 2009 – 2 Sa 1438/08 (unveröffentl.).

⁴ *LAG Hamm*, Urt. v. 26. 2. 1991 – 11 (10) Sa 1398/90; *Bissels/Lützel/Wisskirchen*, BB 2012, 2433, 2483; *Hoormann* in: Tagungsband Herbstakademie, S. 590.

⁵ *BGH*, NJW 1993, 1786; *Bissels/Lützel/Wisskirchen*, BB 2012, 2433, 2483.

⁶ *Guttman*, AE 2010, 129; *Bissels/Lützel/Wisskirchen*, BB 2012, 2433, 2483; *Hoormann* in: Tagungsband Herbstakademie, S. 590; für die Zuordnung eines Social Media-Accounts entwickelte *Ulbricht* einen Fragenkatalog, *Ulbricht*, Social Media und Recht, S. 163 f.

⁷ *Bierekoven*, ITRB 2011, 110, 112; *Hoormann* in: Tagungsband Herbstakademie, S. 590.

⁸ *Ulbricht*, Social Media und Recht, S. 164; *Bissels/Lützel/Wisskirchen*, BB 2012, 2433, 2483; *Hoormann* in: Tagungsband Herbstakademie, S. 590.

z. B. (Kunden-) Informationen und Kontaktdaten, zur Verfügung stellen und anschließend löschen.¹

Ein rein **dienstlicher** Account liegt dagegen vor, wenn sowohl die geschäftliche E-Mail-Adresse als auch die Anschrift des Unternehmens angegeben sind und der Arbeitgeber finanziell für den Account aufkommt. Zudem spricht für das Vorliegen eines dienstlichen Accounts, wenn der Arbeitnehmer ihn während der Arbeitszeit nutzt. In diesem Fall ist der Arbeitnehmer analog § 667 BGB dazu verpflichtet, den Account selbst herauszugeben.² Das heißt, der Arbeitnehmer hat dem Arbeitgeber die Login Daten mitzuteilen. Da der Arbeitnehmer trotz geschäftlicher Nutzung ggf. auch private Kontakte und Aufzeichnungen hier abgelegt hat, sollte der Arbeitgeber ihm die Möglichkeit einräumen, alle privaten Daten vor der Herausgabe des Accounts zu löschen.³ Der Übermittlung dieser privaten Daten steht das nach § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG schutzwürdige Interesse des Arbeitnehmers entgegen.

Denkbar sind auch Mischformen zwischen beruflichen und privaten Accounts. Diese werden nach dem Arbeitsplatzwechsel wie ein rein privater Account behandelt.⁴

IV. Social Media Guidelines

Die Nutzung des Web 2.0 kann im Arbeitsverhältnis zu einigen Problemen führen. Um diese zu vermeiden, ist es für Unternehmen ratsam, Social Media Guidelines aufzustellen. Sie wirken einem unkontrollierten Umgang mit dem Internet entgegen, bieten die Möglichkeit die Vorteile von sozialen Netzwerken zielgerichtet und produktiv zu nutzen und sensibilisieren das Bewusstsein der Mitarbeiter für die Gefahren des Social Web. Diese Richtlinien beinhalten Vorgaben für Mitarbeiter, die die bestehenden **arbeitsrechtlichen Pflichten konkretisieren** und die Medienkompetenz stärken sollen. Das Direktionsrecht des Arbeitgebers erlaubt ihm die, im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschriebenen, Leistungspflichten durch Social Media Guidelines näher auszugestalten.⁵ Die Integration der Social Media Guidelines in das Arbeitsverhältnis kann durch eine Ergänzung des Arbeitsvertrages oder in Form einer Betriebsvereinbarung (§ 77 BetrVG) erfolgen.⁶

Social Media Guidelines sollten den Umfang der (privaten) Nutzung und des Einsatzes der sozialen Medien⁷ am Arbeitsplatz festlegen und über den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sowie die Verbreitung unternehmensschädigender Äußerungen aufklären.⁸ Dabei sollten Datenschutz- und Urheberrechtsaspekte sowie der respektvolle und rechtmäßige Umgang mit Kollegen, Kunden und Wettbewer-

¹ Ulbricht, Social Media und Recht, S. 164; Hoormann in: Tagungsband Herbstakademie, S. 590; Bissels/Lützel/Wisskirchen, BB 2012, 2433, 2483; i. E. auch Ernst, NJOZ 2011, 953, 958.

² Ernst, NJOZ 2011, 953, 957; Hoormann in: Tagungsband Herbstakademie, S. 591.

³ Vietmeyer/Byers, Personalmagazin 2010, 68, 71.

⁴ Vietmeyer/Byers, Personalmagazin 2010, 68, 71.

⁵ Schwenke, Social Media, S. 420; Ulbricht, Social Media und Recht, S. 147.

⁶ Lelley/Fuchs, CCZ 2010, 147, 149.

⁷ Z.B. ob die Medien während der Arbeitszeit genutzt werden dürfen, welche Plattformen besucht werden dürfen/sollen, ob es eine zeitliche Beschränkung für die Nutzung geben soll; s. auch BAG, Urt. v. 7. 7. 2005 – 2 AZR 581/04.

⁸ Vgl. Lelley/Fuchs, CCZ 2010, 147, 148ff.; Ulbricht, Social Media und Recht, S. 147ff.

bern behandelt werden.¹ Zudem sollte festgelegt werden, ob die Richtlinien verbindliche Anweisungen oder bloße Handlungsempfehlungen darstellen.²

- 59 Bei unverbindlichen Handlungsempfehlungen ist der **Betriebsrat** nicht zu beteiligen.³ Sollen die Richtlinien hingegen verbindlich sein und damit arbeitsrechtliche Konsequenzen ermöglichen, muss ein deutlicher Hinweis auf die Verbindlichkeit der Regelungen erfolgen. Zudem ist eine förmliche Zustellung an die Mitarbeiter oder eine Vereinbarung mit dem Betriebsrat sowie die Nennung von Konsequenzen, die einer Missachtung der Guidelines folgen, erforderlich.⁴ Ob dem Betriebsrat im Hinblick auf die Ausgestaltung der Richtlinien ein Mitbestimmungsrecht zusteht, richtet sich nach **§ 87 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 7 BetrVG** und hängt maßgeblich von der inhaltlichen Ausgestaltung der Guidelines ab.⁵ Ein etwaiges Mitbestimmungsrecht muss, nach Ansicht des BAG, für jede einzelne Richtlinie geprüft werden.⁶ Es muss somit geprüft werden, ob das einzelne Thema Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb regelt, was eine Mitbestimmungspflicht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG bedeutet.⁷ Bei der Einführung oder Anwendung technischer Einrichtungen, die objektiv dazu geeignet sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen, ist der Betriebsrat gem. § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG miteinzubeziehen.⁸ Wird der Betriebsrat trotz Mitbestimmungspflicht nicht beteiligt, führt dies zur Unwirksamkeit der Maßnahme.⁹ Der Betriebsrat kann seine Beteiligung außerdem notfalls per einstweiliger Verfügung durchsetzen.¹⁰

F. Haftung in sozialen Netzwerken

I. Haftung für eigene Inhalte

- 60 Die Haftung eines Diensteanbieters für eigene Informationen bestimmt sich gem. § 7 Abs. 1 TMG nach den allgemeinen Gesetzen.¹¹ Diensteanbieter ist nach § 2 Nr. 1 Alt. 1 TMG jede natürliche oder juristische Person, die eigene oder fremde Telemedien zur Nutzung bereithält oder den Zugang zur Nutzung vermittelt. Ob der Inhaber eines Social Media Accounts ein eigenständiges Telemedium bereithält, korrespondiert mit der Frage nach der Impressumspflicht.¹² Insofern wird man mit der aktuellen Rechtsprechung¹³ davon ausgehen müssen, dass ein Social Media-Profil ein

¹ *Lelley/Fuchs*, CCZ 2010, 147, 149; *Ulbricht*, Social Media und Recht, S. 144; zu weiteren inhaltlichen Anforderungen vgl. auch *Schwenke*, Social Media, S. 418.

² *Schwenke*, Social Media, S. 418; *Ulbricht*, Social Media und Recht, S. 153.

³ *Schwenke*, Social Media, S. 419.

⁴ *Lelley/Fuchs*, CCZ 2010, 147, 149; *Schwenke*, Social Media, S. 420.

⁵ *Ulbricht*, Social Media und Recht, S. 149.

⁶ Vgl. *BAG*, NJW 2008, 3731 ff.

⁷ *Lützel/Bissels*, ArbRAktuell 2011, 499, 501; *Ulbricht*, Social Media und Recht, S. 149; *Schwenke*, Social Media, S. 422.

⁸ *Weißnicht*, MMR 2003, 448, 452; *Wellhörner/Byers*, BB 2009, 2310, 2313.

⁹ *Wellhörner/Byers*, BB 2009, 2310, 2313.

¹⁰ *Richardi*, § 87 BetrVG Rn. 532; *Ulbricht*, Social Media und Recht, S. 151.

¹¹ Vgl. hierzu ausf. *Sieber/Höfinger*, Teil 18 Rn. 39 ff.

¹² S.o. Rn. 2 ff.

¹³ *LG Aschaffenburg*, MMR 2012, 38; *LG Frankfurt a. M.*, B. v. 19. 10. 2011 – 3-08 O 136/11.

eigenständiges Telemedium innerhalb eines sozialen Netzwerks darstellt. Hierfür spricht auch, dass bei der Beurteilung der Eigenständigkeit des Social Media-Profiles die Perspektive des Nutzers entscheidend ist. Der durchschnittlich informierte Nutzer geht davon aus, dass ein Social Media Account von dem jeweiligen Inhaber, unabhängig von der übergeordneten Plattform, verwaltet wird.¹

Im Hinblick auf die Frage, ob eine eigene Information vorliegt, kommt es zunächst darauf an, von wem die Information stammt.² Der Speicherort der Information ist dabei irrelevant.³ So haftet der Nutzer eines sozialen Netzwerks für seine Kommentare und Postings. Der Nutzer eines Videoportals haftet für (urheber-)rechtsverletzende Videos, die er selbst hochlädt. **61**

Auch wenn es sich originär nicht um eine eigene Information handelte, kann eine Handlung des Diensteanbieters nach Auffassung der Rechtsprechung dazu führen, dass er sich eine fremde Information „zu eigen macht“.⁴ Nach Ansicht des BGH ist hierfür erforderlich, dass der Verbreiter sich mit der fremden Äußerung so identifiziert, dass sie als seine eigene erscheint.⁵ Die Einbindung eines fremden RSS-Feeds auf der eigenen Internetseite führt daher zu einer täterschaftlichen Haftung für urheberrechtsverletzende Inhalte.⁶ Der Betreiber einer Plattform für Kochrezepte macht sich urheberrechtsverletzende Inhalte, die von Dritten dort eingestellt wurden, zu eigen, wenn er die Inhalte vor der Freischaltung kontrolliert und sich umfangreiche Nutzungsrechte einräumen lässt.⁷ Auch die inhaltliche Strukturierung eines Forums kann für ein „zu eigen machen“ fremder Inhalte durch den Betreiber sprechen.⁸ **62**

II. Haftung für fremde Inhalte

Aufgrund der Anonymität im Internet ist es nicht immer möglich, den unmittelbaren Rechtsverletzer ausfindig zu machen und gegen diesen vorzugehen. Aus diesem Grund stellt sich oft die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Verletzte gegen den Betreiber des sozialen Netzwerks vorgehen kann. Eine Pflicht, zunächst gegen den unmittelbaren Rechtsverletzer vorzugehen, besteht dabei selbst dann nicht, wenn dessen Identität bekannt ist.⁹ **63**

Soweit es um Unterlassungsansprüche geht, kann sich der Plattformbetreiber nach ständiger BGH Rechtsprechung nicht auf die Haftungsprivilegierung des § 10 TMG berufen.¹⁰ Ein Host-Provider haftet für die Rechtsverletzungen Dritter als **Störer**, wenn er in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal zu der Rechtsverletzung **64**

¹ Spindler/Schuster/*Holz*nagel/Ricke, § 2 TMG Rn. 3.

² Spindler/Schuster/*Hoff*mann, § 7 TMG Rn. 14.

³ Spindler/Schuster/*Hoff*mann, § 7 TMG Rn. 14; MüKo/*Alten*hain, Vorbemerkung zu §§ 7 ff. TMG Rn. 18.

⁴ Zu den dogmatischen Bedenken dieser Rechtskonstruktion *Sieber/Höf*inger, Teil 18 Rn. 39 ff.; MüKo/*Alten*hain, Vorbemerkung zu den §§ 7 ff. TMG Rn. 21.

⁵ BGH, MMR 2009, 752, 753.

⁶ *AG Hamburg*, ZUM-RD 2011, 38; für eine Störerhaftung *LG Berlin*, ZUM-RD 2011, 186; offen gelassen *LG Berlin*, ZUM-RD 2011, 416.

⁷ BGH, GRUR 2010, 616 – *chefkoch.de*.

⁸ *OLG Köln*, MMR 2002, 548 – Steffi Graf.

⁹ BGH, ZUM 2007, 533.

¹⁰ BGH, MMR 2004, 668 – Internetversteigerung I; BGH, MMR 2007, 507 – Internetversteigerung II; BGH, MMR 2008, 531 – Internetversteigerung III.

beigetragen hat.¹ Um die Störerhaftung nicht über Gebühr auf Dritte zu erstrecken, setzt dies die Verletzung von Prüfungspflichten voraus, deren Umfang sich danach bestimmt, inwieweit dem Betroffenen nach den Umständen eine Prüfung zuzumuten ist.² Nach § 7 Abs. 2 Satz 1 TMG ist der Diensteanbieter jedoch nicht verpflichtet, aktiv nach Rechtsverletzungen zu suchen.³ Daraus folgern die meisten Gerichte, dass die Störerhaftung in der Regel erst **nach Kenntnis der Rechtsverletzung** eintreten kann.⁴ Aus diesem Grund hat sich in der Praxis das aus dem US-Recht stammende „notice-and-takedown-Verfahren“ bewährt, bei dem der Host-Provider zunächst über die Rechtsverletzung in Kenntnis gesetzt wird. Entfernt er den rechtsverletzenden Inhalt daraufhin nicht unverzüglich, kann der Verletzte einen Unterlassungsanspruch geltend machen.

- 65 Der BGH konkretisierte in der Entscheidung **Google Blogspot**⁵ das Verfahren zur Klärung einer Beanstandung bei behaupteten Persönlichkeitsrechtsverletzungen. Nach einem konkreten Hinweis auf eine Rechtsverletzung muss der Hostprovider die Beanstandung zur Stellungnahme an den Verfasser weiterleiten. Bleibt eine Stellungnahme innerhalb einer angemessenen Frist aus, ist von der Berechtigung der Beanstandung auszugehen und der beanstandete Eintrag zu löschen. Stellt der Verfasser die Berechtigung der Beanstandung substantiiert in Abrede, ist der Provider grundsätzlich gehalten, dem Betroffenen dies mitzuteilen und ggf. Nachweise zu verlangen, aus denen sich die behauptete Rechtsverletzung ergibt. Ein Urteil des LG Nürnberg-Fürth⁶ konkretisiert, was unter einem substantiierten Abstreiten der Beanstandung im Sinne des BGH-Urteils zu verstehen ist. Der Plattformbetreiber darf sich danach nicht damit begnügen, die Angaben des Verfassers für bare Münze zu nehmen. Er muss vielmehr umfangreichere Maßnahmen zur Ermittlung des Sachverhalts vornehmen. Hierzu gehört auch das Anfordern von Nachweisen für die Berechtigung der Äußerung.
- 66 In dem ersten bekannt gewordenen Fall einer Facebook-Abmahnung ging es um ein urheberrechtsverletzendes Foto, welches ein Dritter auf die Pinnwand des Abgemahnten gepostet hatte.⁷ In einem solchen Fall wird man eine Haftung erst ab Kenntnis der Rechtswidrigkeit des Fotos annehmen dürfen,⁸ z. B. durch eine formlose Benachrichtigung durch den Verletzten per Facebook-Nachricht. Allein aufgrund einer ggf. erhaltenen automatischen Benachrichtigung über einen Pinnwand-Beitrag durch Facebook selbst, kann dem Account-Inhaber keine Kenntnis unterstellt werden, da diese in der Regel keine Informationen zum Inhalt des Beitrags enthalten.⁹ Anders

¹ Vgl. *BGH*, GRUR 2002, 618 – Meißner Dekor; *BGH*, MMR 2004, 668 – Internetversteigerung I; *BGH*, MMR 2007, 507, 510 – Internetversteigerung II.

² *BGH*, MMR 2007, 507, 510 – Internetversteigerung II m. w. N.; *BGH*, MMR 2004, 529, 531 – Schöner Wetten.

³ Vgl. zum Einsatz eines umfassenden Filtersystems *EuGH*, MMR 2012, 334 m. Anm. *Solmecke/Dam*.

⁴ Vgl. *Hoeren*, Teil 18 Rn. 28; so zuletzt auch *LG Hamburg*, Urt. v. 20. 4. 2012 – 310 O 461/10, *LG Berlin*, Urt. v. 5. 4. 2012 – 27 O 455/11.

⁵ *BGH*, MMR 2012, 124 m. Anm. *Hoeren*.

⁶ *LG Nürnberg-Fürth*, Urt. v. 8. 5. 2012 – 11 O 2608/12, vgl. oben Rn. 19.

⁷ <http://www.lhr-law.de/lbr-blog/urheberrecht/sie-ist-da-die-erste-facebook-abmahnung-wegen-eines-fremden-fotos-an-der-pinnwand> (Stand: 5/2012).

⁸ <http://www.kriegs-recht.de/facebook-abmahnung/> (Stand: 5/2012).

⁹ <http://allfacebook.de/policy/abmahnung-fur-fanseitenbetreiber-wann-sie-fur-ihre-nutzer-nicht-haften-mussen> (Stand: 5/2012).

sieht es allerdings aus, wenn der Account-Inhaber den rechtsverletzenden Beitrag kommentiert. In diesem Fall ist von einer Kenntnisnahme auszugehen.

III. Linkhaftung

Zur Frage der Linkhaftung hat sich in Rechtsprechung und Literatur nach wie vor keine einheitliche Linie herausgebildet. Einigkeit besteht allerdings insoweit, als das Setzen eines Hyperlinks auf einen urheberrechtlich geschützten Inhalt ohne Einwilligung des Rechteinhabers grundsätzlich keine Urheberrechte verletzt, da weder eine Vervielfältigung noch eine öffentliche Zugänglichmachung vorgenommen wird.¹ 67

Schwieriger zu beurteilen ist die **Haftung für den Inhalt der verlinkten Seite**. Der Linksetzende ist jedenfalls dann für einen rechtsverletzenden Inhalt auf der verlinkten Seite wie für einen eigenen Inhalt verantwortlich, wenn er sich diesen fremden Inhalt zu eigen macht.² Fügt ein Twitter-Nutzer zu einem Link, der auf wettbewerbswidrige und kreditgefährdende Inhalte verweist, den Kommentar „sehr interessant“ hinzu, macht er sich den rechtswidrigen Inhalt zu eigen.³ Diese Entscheidung wird man auch auf die Verantwortlichkeit für Urheberrechtsverletzungen übertragen müssen.⁴ Wer einen Link mit einem zustimmenden Kommentar versieht, haftet demnach wie für einen eigenen Inhalt. Auch bei einem neutralen Kommentar wie „schaut euch das mal an“, wird man von einem „zu eigen machen“ ausgehen müssen, da der Linksetzende den hinter dem Link stehenden rechtswidrigen Inhalt zur Kenntnis genommen und seine Weiterverbreitung gefördert hat.⁵

Wann der Linksetzende als **Störer** für einen rechtsverletzenden Inhalt auf der verlinkten Seite haftet, ist nach wie vor nicht abschließend geklärt. Auch hier wird es darauf ankommen, inwieweit dem als Störer in Anspruch genommenen eine Prüfung zuzumuten ist. Der Umfang der Prüfungspflicht richtet sich insbesondere nach dem Gesamtzusammenhang, in dem der Link verwendet wird, dem Zweck der Linksetzung, der Kenntnis von Umständen, die auf eine Rechtswidrigkeit hindeuten, sowie der Erkennbarkeit der Rechtsverletzung.⁶ Der Linksetzende haftet daher jedenfalls dann als Störer, wenn der Rechtsverstoß offensichtlich ist.⁷ Von der Verletzung einer zumutbaren Prüfungspflicht ist außerdem dann auszugehen, wenn der Linksetzende auf eine Aufforderung des Verletzten, den betroffenen Link zu löschen, nicht reagiert.⁸ 68

Im Bereich der **elektronischen Presse** kann das Setzen eines Links auf einen urheberrechtsverletzenden Inhalt ausnahmsweise durch die Meinungs- oder Pressefreiheit gerechtfertigt sein, wenn der Link als Informationsquelle oder Beleg der Aussage des Beitrags dient.⁹ Diese vom BGH aufgestellten Grundsätze zur Zulässig- 69

¹ Grundlegend BGH, MMR 2003, 719 – Paperboy.

² LG Karlsruhe, MMR 2009, 418, 419; BGH, MMR 2008, 400 – ueber18.de; LG München I, MMR 2000, 566; Leupold/Glossner, IT-Recht, Teil 2, Rn. 596; Spindler/Schuster/Mann/Smid, Teil 7, Rn. 71.

³ LG Frankfurt, Urt. v. 20. 4. 2010 – 3–08 O 46/10.

⁴ Reinemann/Remmert, ZUM 2012, 216, 222.

⁵ MMR-Aktuell 2010, 302790 m. Anm. Rauschhofer.

⁶ BGH, MMR 2004, 529, 531 – Schöner Wetten.

⁷ Ott, GRUR Int 2007, 14, 15; Volkmann, GRUR 2005, 200, 205.

⁸ BGH, MMR 2004, 529, 531 – Schöner Wetten; Ott, GRUR Int 2007, 14, 15.

⁹ BGH, MMR 2011, 391 – Any DVD, Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen: BVerfG, MMR 2012, 246.

keit des Setzens von Links sind auch auf Persönlichkeitsrechtsverletzungen übertragbar.¹

- 70 Äußerst problematisch ist die Frage, wann der Nutzer für das Einbetten (sog. **Embedding**) eines urheberrechtsverletzenden Videos auf seiner Seite, z. B. seinem Facebook-Profil, haftet. Hierbei ist einerseits die urheberrechtliche Relevanz des Einbetetens an sich, andererseits die Verantwortlichkeit des Nutzers unter dem Gesichtspunkt der Linkhaftung entscheidend.
- 71 Umstritten ist, ob derjenige, der ein urheberrechtswidriges Video oder Foto mittels eines Inline-Links bzw. eines Frames einbindet, eine **urheberrechtlich relevante Handlung** vornimmt. Dies hängt maßgeblich von der Frage ab, ob man in dem Einbetten des fremden Inhalts eine öffentliche Zugänglichmachung i. S. d. § 19a UrhG sieht. Teilweise wird angenommen, dass es auf die Sicht des Internetnutzers ankomme, sodass dann, wenn dieser nicht erkennen kann, dass Teile der Webseite nicht vom Seiteninhaber stammen, der Tatbestand des § 19a UrhG erfüllt sei.² Andere wollen das Einbetten eines Videos nicht anders beurteilen, als einen gewöhnlichen Hyperlink und lehnen eine öffentliche Zugänglichmachung ab.³ Beim Einbetten eines Youtube-Videos, z. B. auf einer Facebook-Seite, ist aufgrund des Youtube-Logos erkennbar, dass es sich nicht um ein eigenes Video des Einbettenden handelt, sodass das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung selbst nach erstgenannter Auffassung nicht betroffen ist.⁴ Das Einbetten eines Youtube-Videos mittels eines Frames stellt daher keine urheberrechtlich relevante Handlung dar.
- 72 Unter dem Gesichtspunkt der **Linkhaftung** kommt jedoch eine Verantwortlichkeit des Einbettenden als (Mit-)Störer in Betracht, wenn das Youtube-Video ohne Einwilligung des Rechteinhabers auf Youtube hochgeladen wurde.⁵ Unter Berücksichtigung der Schöner-Wetten-Entscheidung des BGH⁶ kommt es hierbei u. a. auf die Kenntnis der Rechtswidrigkeit des fremden Inhalts an.⁷ Angesichts der Tatsache, dass *Youtube* mit zahlreichen Rechteinhabern kooperiert, wird man nicht ohne Weiteres davon ausgehen können, dass die Rechtswidrigkeit eines Youtube-Videos immer offensichtlich ist, sodass die Störerhaftung bereits beim Einbetten des Videos einsetzen würde.⁸ Ist die Rechtswidrigkeit des Videos nicht offensichtlich, entsteht die Störerhaftung erst nach einem entsprechenden Hinweis des Rechteinhabers.⁹

¹ *LG Braunschweig*, MMR 2012, 64.

² *LG München I*, MMR 2007, 260; *OLG Düsseldorf*, MMR 2012, 118 differenziert nicht nach Erkennbarkeit der Fremdheit, bejaht aber die Voraussetzungen. des § 19a UrhG; *Schack*, MMR 2001, 9; *Ott*, ZUM 2008, 556, 560; ZUM 2004, 357, 364 geht von einem unbenannten Verwertungsrecht i. S. d. § 15 Abs. 2 UrhG aus.

³ *Wandtke/Bullinger*, § 19a UrhG Rn. 29; *Schricker/Loewenheim/v.Ungern-Sternberg*, § 19a UrhG Rn. 46; in dieselbe Richtung argumentierend, i. E. aber offen gelassen *OLG Köln*, Urt. v. 16. 3. 2012 – 6 U 206/11.

⁴ *Reinemann/Remmert*, ZUM 2012, 216, 226; diese Schlussfolgerung zieht auch *Ott*, ZUM 2008, 556, 560, der i. E. jedoch eine urheberrechtlich relevante Handlung annimmt.

⁵ *Ulbricht*, Social Media und Recht, S. 38.

⁶ *BGH*, MMR 2004, 529 – Schöner Wetten.

⁷ Für die Auferlegung einer weitgehenden Nachforschungspflicht des Einbindenden *LG Hamburg*, Urt. v. 18. 5. 2012 – 324 O 596/11.

⁸ *Ott*, ZUM 2008, 556, 562.

⁹ *Ott* ZUM 2008, 556, 562; für eine Störerhaftung auch *LG Köln*, Urt. v. 10. 6. 2009 – 28 O 173/09.

Macht der Einbettende sich den fremden Inhalt dagegen zu eigen, z. B. durch einen entsprechenden Kommentar, haftet er in gleichem Maße wie für einen eigenen Inhalt.¹ Insbesondere in sozialen Netzwerken, in denen eingebettete Links oftmals mit einem Kommentar versehen werden, besteht daher ein nicht unerhebliches Haftungsrisiko. 73

G. Verkauf eines Social Media Accounts

Nicht nur das Interesse an der unkomplizierten Nutzung eines Social Media-Accounts ist groß, auch der Verkauf eines solchen erscheint für einige Inhaber immer attraktiver. Am Beispiel des Verkaufs eines Twitter Accounts soll dargestellt werden, welche Probleme sich hierbei ergeben können. Die Account-Kennung (Subdomain twitter.com/ACCOUNTNAME), die gegenüber dem Plattformbetreiber (hier: Twitter) bestehenden Nutzungsrechte, die Nutzungs- und Verwertungsrechte an Tweets bzw. am Twitter Stream und das Design stellen in der Regel die Verkaufsobjekte dar, die auf den Käufer übertragen werden.² 74

Zwischen dem Verkäufer und Twitter besteht bereits ein Vertragsverhältnis. Aus diesem ergeben sich die Rechte am Account-Namen, die sonstigen Nutzungsrechte sowie Umfang und Konditionen der Rechteeinräumung.³ Veräußert der Nutzer seinen Account, tritt der Käufer vollständig in die bestehende Vertragsposition des Verkäufers ein. Die herrschende Ansicht sieht eine solche rechtsgeschäftliche **Vertragsübernahme gem. §§ 241, 311 Abs. 1 BGB** als ein einheitliches Rechtsgeschäft, dem entweder ein dreiseitiger Vertrag sui generis⁴ oder – wie hier vertreten – eine Vereinbarung zwischen zwei Beteiligten unter Zustimmung des Dritten zu Grunde liegt.⁵ Folgt man letzterer Ansicht, kommen insbesondere die §§ 398ff. sowie §§ 414ff. BGB analog zur Anwendung.⁶ Das bedeutet, dass Twitter einem Wechsel des Vertragspartners ausdrücklich zustimmen muss, damit der Account rechtswirksam übertragen werden kann. Bleibt der Verkäufer mangels wirksamer Vertragsübernahme der Vertragspartner, haftet er gegenüber Twitter weiterhin für Rechtsverletzungen, die über den Account begangen werden.⁷ Auch für den Käufer ist die Zustimmung und somit die Wirksamkeit der Vertragsübernahme relevant. Nur wenn ihm alle für die Nutzung des Accounts notwendigen Rechte übertragen werden, er also vollständig in die Vertragsposition des Verkäufers eintritt, kann er diese auch gegenüber dem Plattformbetreiber einfordern.⁸ Eine weitere Konsequenz der fehlenden Zustimmung liegt darin, dass sich der Verkäufer **Gewährleistungsansprüchen** des Käufers aussetzt. Denn die 75

¹ S.o. Rn. 67.

² Ulbricht, Social Media und Recht, S. 65f.

³ Ulbricht, Social Media und Recht, S. 66.

⁴ BGHZ, 65, 52.

⁵ BGHZ, 96, 302, 308; BGH, NJW-RR 1997, 690; NJW 1999, 2664, 2666 m.w.N.; OLG Karlsruhe, NZG 2001, 371, 372.

⁶ Vgl. OLG Hamm, NJW-RR 1991, 48, 49; Staudinger/Gursky, Vorbemerkung §§ 182 – 185 BGB Rn. 32.

⁷ Ulbricht, Social Media und Recht, S. 67ff.; vgl. zur Haftung des Account-Inhabers BGH, GRUR 2009, 597ff.; BGH, MMR 2008, 778ff.

⁸ Ulbricht, Social Media und Recht, S. 69f.

mangels Zustimmung unwirksame Übertragung des Accounts stellt einen Rechtsmangel gem. § 435 BGB dar, für den der Verkäufer einstehen müsste.¹ Je nach Ausgestaltung der Nutzungsbedingungen hat der Betreiber zudem das Recht, den Account aufgrund der unbefugten Überlassung der Login Daten vollständig zu löschen.²

76 Gegebenenfalls muss sich der Käufer **Nutzungsrechte** an den veröffentlichten Tweets und/oder dem gesamten Twitter Stream einräumen lassen. Nach der hier vertretenen Auffassung können Tweets grundsätzlich urheberrechtliche Schutzfähigkeit erlangen.³ Der Twitter Stream⁴ ist leistungsschutzrechtlich geschützt, wenn er eine Datenbank⁵ i. S. d. § 87a UrhG darstellt. Er ist eine Sammlung unabhängiger Elemente, die systematisch angeordnet und mit Hilfe elektronischer Mittel zugänglich sind.⁶ Die Erstellung eines Twitter Streams stellt zudem eine wesentliche Investition⁷ dar, sodass ein entsprechender Schutz anzunehmen ist.⁸ Der Account-Inhaber kann sich somit gem. §§ 97 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. 87a ff. UrhG vor der unerlaubten Veröffentlichung durch andere schützen.⁹

¹ Ulbricht, Social Media und Recht, S. 68.

² Ulbricht, Social Media und Recht, S. 68f.

³ Reinemann/Remmert, ZUM 2012, 216, 218; Krieg, K&R 2010, 73, 75; a. A. Ulbricht, Social Media und Recht, S. 59; vgl. oben Rn. 25.

⁴ Bezeichnung für Sammlung von Tweets eines Accounts.

⁵ S. Definition und Voraussetzungen OLG München, GRUR-RR 2003, 329, 330.

⁶ Ulbricht, Social Media und Recht, S. 60.

⁷ S. zu den Anforderungen an eine wesentliche Investition Spindler/Schuster/Wiebe, § 87a UrhG Rn. 3; Leistner, GRUR Int 1999, 819, 827ff.

⁸ Vgl. Ulbricht, Social Media und Recht, S. 60.

⁹ S. hierzu vergleichbare Entscheidungen OLG München, GRUR-RR 2003, 329ff.; AG Rostock, MMR 2001, 631ff.; LG Köln, MMR 2008, 418ff.