

KMU Recht im Mittelstand  
Sommersemester 2024  
Mittwoch, 14.00 – 17.15 Uhr  
Raum 203

[ra-freimuth.de](https://www.ra-freimuth.de)  
[ra.freimuth@t-online.de](mailto:ra.freimuth@t-online.de)

## **BGB Bürgerliches Gesetzbuch**

Gesetzestext

93., überarbeitete Auflage. 2024

XXXI, 902 S.

Beck im dtv. ISBN 978-3-406-81701-4

Format (B x L): 12,4 x 19,1 cm

Stand: 1. Januar 2024

## **HGB – Handelsgesetzbuch**

Gesetzestext

Buch. Softcover

69., überarbeitete Auflage. 2024

XIII, 380 S.

Beck im dtv. ISBN 978-3-406-81711-3

Format (B x L): 12,4 x 19,1 cm

Stand: 1. November 2023

## **DSG-VO Datenschutzgesetze**

15. Auflage. 2023

Beck im dtv. ISBN 978-3-406-80371-0

Stand: 15. Januar 2023

## **Urheber- und Verlagsrecht: UrhR**

Urheberrechtsgesetz, Verlagsgesetz, Recht der urheberrechtlichen  
Verwertungsgesellschaften, Internationales Urheberrecht  
Textausgabe mit einer ausführlichen Einführung und einem Sachverzeichnis  
20., neu bearbeitete Auflage. 2021

XLVI, 762 S.

Beck im dtv. ISBN 978-3-406-77369-3-8

Stand: 01. Juli 2021

## **Wettbewerbsrecht, Markenrecht und Kartellrecht: WettbR**

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Preisangabenverordnung,  
Markengesetz, Markenverordnung, Unionsmarkenverordnung, Gesetz gegen  
Wettbewerbsbeschränkungen sowie die wichtigsten wettbewerbsrechtlichen  
Vorschriften der Europäischen Union

46., neubearbeitete Auflage. 2024

XXXV, 674 S.

Beck im dtv. ISBN 978-3-406-81275-0

Format (B x L): 12,4 x 19,1 cm

Stand: 15. November 2023

**Müssig**

**Wirtschaftsprivatrecht**

Lehrbuch/Studienliteratur

Buch. Softcover

24., neu bearbeitete Auflage 2024. 2024

620 S.

C.F. Müller. ISBN 978-3-8114-6212-0

**Kühling / Klar / Sackmann**

**Datenschutzrecht**

5., neu bearbeitete Auflage. 2021

400 S.

C.F. Müller. ISBN 978-3-8114-5472-9

**Georg F. Schröder, Datenschutzrecht für die Praxis,**

5. Auflage 2023 Buch Beck im dtv ISBN 978-3-406-80818-0

**Fechner/Pelz, Kurzfälle zum Medienrecht,** aus der Reihe utb.

Rechtswissenschaft, Verlag Mohr Siebeck, 1. Auflage 2018

# INHALT

## I. Einführung

## II. Vertrag

### 1. Zustandekommen

### 2. Form

### 3. Inhalt

- a. Verbraucherverträge
- b. Allgemeine Geschäftsbedingungen

### 4. Einzelne Vertragsarten

- a. Kaufvertrag mit Pflichten für Kaufleute und Produkthaftungsgesetz
- b. Werkvertrag/Werklieferungsvertrags
- c. Dienstvertrag
- d. Mietvertrag
- e. Leihvertrag
- f. Darlehensvertrag (Sach – und Gelddarlehen, Verbraucherdarlehen)
- g. Geschäftsbesorgungsvertrag

### III. Sicherungsrechte

1. Schuldrechtliche Sicherungsrechte
2. dingliche Sicherungsrechte

### IV. Datenschutz (DSGVO und BDSG)

1. Grundlagen
2. Bedeutung
3. Personenbezogene Daten
4. Geschützter Personenkreis
5. Geschützte Daten
6. Schutzbereich (sachlicher und örtlicher)
7. Verbot mit Zulässigkeitsbeschränkung, Einwilligung
8. Insbesondere Datenschutz im Beschäftigungsverhältnis
9. Rechte der betroffenen Personen, Auskunft, Berichtigung, Löschung, Datenübertragbarkeit, Widerspruch
10. Datenschutzbeauftragter, Qualifikation und Aufgaben
11. BDSG

## V. Telemediengesetz

1. Geltungsbereich
2. Erster wesentlicher Regelungsinhalt
3. Zweiter wesentlicher Regelungsinhalt
4. Dritter wesentlicher Regelungsinhalt

## VI. Markenrecht

1. Schutzgegenstand
2. Entstehung des Markenschutzes
3. Beschränkung
4. Ansprüche bei Verletzung
5. Verwechslungsschutz
6. Geographische Herkunft

## VII. Urheberrecht

1. Wesen des Urheberrechts
2. Geschützte Werke
3. Rechte des Urhebers
4. Ausnahmen
5. Ansprüche bei Rechtsverletzungen
6. Beispiele

## Einführung

### Öffentliches Recht/Zivilrecht

- Öffentliches Recht
- Regeln für das Rechtsverhältnis zwischen Staat und Bürger
- also Ansprüche und Verpflichtungen des Staates gegen den Bürger und umgekehrt
- Gekennzeichnet durch Obrigkeitsverhältnis
- Handlung gegenüber der Allgemeinheit: durch **Gesetz**
- Gegenüber dem Einzelnen: durch **Verwaltungsakt** (Verbote und Genehmigungen)

## Zivilrecht

### Regeln für das Rechtsverhältnis zwischen Bürger und Bürger

- Betrifft Rechtsverhältnisse zwischen Privatpersonen (Bürger und Bürger, Unternehmer und Unternehmer, Bürger und Unternehmer)
- Inhalt: Ansprüche auf Zahlung, Handlung, Unterlassung und Verpflichtungen untereinander
- Auch der Staat kann sich privatrechtlich betätigen, wenn er als Vertragspartner z. B. als Beteiligter eines Kaufvertrages oder Mietvertrages und nicht als Staat auftritt.

## Rechtsgrundlagen für das Zivilrecht

Bürgerliches Gesetzbuch, BGB

Handelsgesetzbuch, HGB, für Kaufleute, Personengesellschaften und andere

Produkthaftungsgesetz

# Vertrag

## 1. Zustandekommen (Fall 11, 86 der Sammlung)

Vertrag: zwei- oder mehrseitiges Rechtsgeschäft

Rechtsgeschäft: Willenserklärung, die auf eine rechtliche Folge – zum Beispiel Abschluss eines Vertrages oder Beendigung eines Vertrages – abzielt und diese beabsichtigte Rechtsfolge auch eintritt.

Man unterscheidet:

- Einseitiges Rechtsgeschäft: es ist lediglich eine Willenserklärung erforderlich, um die beabsichtigte Rechtsfolge eintreten zu lassen (zum Beispiel Kündigung, Testament, Aufrechnung, Vollmacht)
- Zweiseitiges Rechtsgeschäft: es sind zwei Willenserklärungen erforderlich, die auch übereinstimmen müssen, um die Rechtsfolge herbeizuführen.

## Fall Ferrari

V will seinen gebrauchten Ferrari verkaufen. Auf eine entsprechende Zeitungsannonce, in der von einem Preis von Euro 50.000,00 die Rede ist, meldet sich K, der sich den Wagen anschaut. V bietet K den Erwerb des Wagens verbindlich an. Weil K sich jedoch noch nicht entscheiden kann, vereinbaren beide, dass K, wenn er sich zum Kauf entschließe, dem V spätestens bis zum kommenden Freitag einschließlich Bescheid geben soll. Am Freitag ruft K bei V an, erreicht jedoch nur dessen Frau. Dieser teilt K mit, dass er den Wagen kaufe, und bittet um Benachrichtigung des V. Die Frau des V vergisst den Anruf aber zunächst und informiert ihren Mann erst am Montag. Da V zwischenzeitlich noch einen weiteren Interessenten hat, der Euro 10.000,00 mehr bietet, will V den Wagen K, der am folgenden Tag mit dem Geld bei V erscheint, nicht übergeben. Zu Recht?

Gebundenheit an den Antrag (Angebot), § 145 BGB

§ 146 BGB

Angebot unter Anwesenden: Annahme sofort, § 147 Abs. 1 BGB

Angebot unter Abwesenden: angemessene Frist, § 147 Abs. 2 BGB

Verspätete oder geänderte Annahme: Ablehnung und neues Angebot, § 150 BGB

Aber: Bestimmung einer Annahmefrist durch den Antragenden, § 148 BGB

Verspätete und abändernde Annahme, § 150 BGB

## Lösung Fall Ferrari

Kaufvertrag zwischen V und K, **§ 433 Abs. 1 BGB** ?

### Angebot und Annahme

Zeitungsannonce: kein Angebot sondern eine „invitatio ad offerendum“

**Angebot** nach der Besichtigung des Wagens V – K:

Ferrari für 50.000,00 € verbindlich angeboten.

**Annahme** durch K im Telefonat mit der Frau des V

**Problem: Rechtzeitiger Zugang, da K nicht persönlich mit V telefoniert hat,**  
im Herrschaftsbereich des Empfängers (V) durch Erklärung gegenüber der Ehefrau und  
damit rechtzeitig am Freitag?

Ja, nach üblicher Gepflogenheit ist die im Haushalt lebende Ehefrau  
empfangsberechtigt, so dass die Erklärung im Herrschaftsbereich des Empfängers (V)  
angekommen ist.

## **Fall Willenserklärung**

Das Ehepaar Lustig besichtigt beim Möbelhändler Hiegel eine neue Einbauküche zum Preis von 14.999,-- €. Der Verkaufsmitarbeiter Emsig legt einen schriftlichen Kaufvertrag zur Unterschrift vor, der neben dem Kaufpreis auch eine Montagegebühr von 400,-- € vorsieht. Das Ehepaar lustig erklärt dem Emsig, die Angelegenheit noch einmal überdenken zu wollen und bitten um Aushändigung des Vertrages mit der Ankündigung, den Vertrag bis spätestens am nächsten Tag zurückzugeben. Zu Hause entscheiden sie sich für den Kauf der Küche ohne Montagekosten. Sie streichen diese Position im Vertrag und geben ihn am nächsten Tag unterzeichnet zurück. Als die Küche 3 Wochen später geliefert und montiert wird, erhalten die Eheleute Lustig auch die Rechnung, die Montagekosten von 400,-- € erhebt.

## **Fragen:**

1. Ist zwischen den Eheleuten Lustig und dem Möbelhaus Hiegel ein Vertrag zustande gekommen , gegebenenfalls wann?
2. Müssen die Eheleute Lustig auch die Montagekosten bezahlen?

### Lösung Fall Willenserklärung

1. Mit der Rückgabe des unterzeichneten Vertrages ist kein Vertrag zustande gekommen. L haben das Angebot von H nicht angenommen, sondern geändert. Die Annahme eines Angebotes unter Abänderung gilt als Ablehnung, **§ 150 Abs. 2 BGB**.

2. Nein, zwischen L und H ist ein Kaufvertrag ohne Montagekosten zustande gekommen, da H das neue Angebot von L durch die Lieferung ohne Montagekosten konkludent angenommen hat.

## 2. Form des vertraglichen Schuldverhältnisses

- Grundsätzlich formlos
- Ausnahmen:
  - Kaufvertrag über Grundstück oder die Übertragung des gegenwärtigen Vermögens bedarf der notariellen Beurkundung, § 311 b BGB, § 128 BGB
  - Schenkungsvertrag ebenfalls, § 518 BGB,
  - Bürgschaft schriftlich, § 766 BGB, § 126 BGB
  - Aber Heilung des Formmangels, wenn Geschäft vollzogen ist, also das Grundstück im Grundbuch eingetragen oder Geschenk übereignet wurde
  - Aufhebungsvertrag über Arbeitsverhältnis: schriftlich, § 623 BGB
- Keine Generalregelung über Schriftform: Eventuelles Erfordernis ergibt sich direkt aus den Vorschriften zum konkreten Schuldverhältnis

### **3. Inhalt des vertraglichen Schuldverhältnisses (Fall 63 der Sammlung)**

Abschlussfreiheit: (ob oder ob nicht sowie wer mit wem):  
Monopolstellung und allgemeines  
Gleichbehandlungsgesetz (AGG) sowie  
Schwerbehindertengesetz (SGB IX) als gesetzliche  
Grenzen.

Inhaltsfreiheit: Strafbarkeit und Sittenwidrigkeit als  
allgemeine Grenzen, Verbraucherverträge und  
Bestimmungen über allgemeine Geschäftsbedingungen  
als spezielle Grenzen.

## Grenzen der Inhaltsfreiheit (Privatautonomie)

### a. Verbraucherverträge, §§ 312 ff. BGB, das sind

- Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge zwischen Unternehmer und Verbraucher, § 312 b BGB
- Fernabsatzgeschäfte, § 312 c BGB
- Rechtsfolge für beide (über § 312 g BGB):
  - Widerrufsrecht nach § 355 BGB:
  - innerhalb von 2 Wochen ab schriftlicher Belehrung, § 355 Abs. 2 BGB
  - längstens 12 Monate und zwei Wochen ab Vertragsschluss, § 356 Abs. 3 BGB

## **b. Gesetz über Allgemeine Geschäftsbedingungen, §§ 305 ff. BGB (Fall 2, 45 der Sammlung)**

- Sinn und Inhalt: Nicht alles, was in einem individuellen Einzelvertrag vereinbart werden darf, ist über eine Vertragseinbeziehung durch AGB zulässig.
- Geltungsbereich: Gegenüber einem Unternehmer nur eingeschränkt, **§ 310 BGB**
- AGB sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Bestimmungen (mindestens 2), **§ 305 Abs. 1 BGB**.
- sie werden Bestandteil des Vertrages entweder durch
  - ausdrücklichen Hinweis oder sichtbaren Aushang, **§ 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB**
  - zumutbare Kenntnismöglichkeit der anderen Vertragspartei und
  - Zustimmung der anderen Vertragspartei (ausdrücklich oder schlüssig möglich)

Wenn AGB vorliegen und sie Bestandteil des Vertrages geworden sind, erfolgt eine Inhaltskontrolle.

Bedeutung: Es wird überprüft, ob die in der AGB vereinbarte Regelung über eine AGB getroffen werden darf oder nicht.

Beispiel: Gewährleistungsansprüche bei neuen Kaufgegenständen dürfen durch Individualabrede vollständig ausgeschlossen werden, nicht jedoch über AGBs.

- Reihenfolge der Prüfung
- Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit, [§ 309 BGB](#)
- Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit, [§ 308 BGB](#)
- Inhaltskontrolle nach Treu und Glauben (Unangemessene Benachteiligung), [§ 307 BGB](#)
- Überraschende und mehrdeutige Klausel, [§ 305 c BGB](#)

## Fall AGB

A kauft bei B, der neben einem Geschäft für Gartenzubehör auch ein Blumengeschäft betreibt, einen Rasenmäher. In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des B zu dem von A und B unterzeichneten Kaufvertrag, die A gegen eine besondere Unterschrift ausgehändigt werden, ist folgende Klausel enthalten: „Der Käufer verpflichtet sich, für die Dauer von 12 Monaten für den Fall eines Bedarfs an Schnittblumen diese nur bei B und nicht bei anderen Blumengeschäften im Umkreis von 10 km zu kaufen. Für jeden Fall der Zuwiderhandlung verpflichtet sich der Käufer zur Zahlung einer Vertragsstrafe von 150,-- €.“ Bereits 2 Wochen nach Abschluss des Kaufvertrags entdeckt B an einem sonnigen Sonntagnachmittag den A, wie dieser an einer Tankstelle in einem Nachbarort, der nur 3 km vom Blumenladen des B entfernt liegt, einen Strauß frische Rosen kauft. A winkt dem B freudig zu und fährt davon, bevor B ihn zur Rede stellen kann.

Fragen

Ist die genannte Vertragsklausel bezüglich der

a. Kaufverpflichtung

b. Vertragsstrafe

wirksamer Vertragsbestandteil geworden?

## Lösung

### 1. Formelle Wirksamkeit

Voraussetzungen: Hinweis, Möglichkeit der Kenntnisnahme, Einverständnis liegen vor.

### 2. Inhaltliche Wirksamkeit

a. Kaufverpflichtung: nicht wirksam, keine spezielle Vorschrift, aber überraschende Klausel, **§ 305 c BGB**

b. Vertragsstrafe: unzulässig nach **§ 309 Ziff. 6 BGB**

## 4. Einzelne Vertragsarten

### a. Kaufvertrag, §§ 433 ff. BGB

Form: Formlos (Grundsätzlich)

Beteiligte: Verkäufer und Käufer

Verpflichtungen: Eigentumsübertragung und Bezahlung

Abstraktionsprinzip

Trennung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft

Mängelgewährleistung: Kaufgegenstand muss frei von Sach- und Rechtsmängeln sein, § 433 Abs. I S. 2 BGB (Fall 2, 7, 17, 20, 24, 28, 38, 69, 89) der Sammlung)

## **Mangelfreie Sache, § 434 BGB**

**§ 434 Abs. 1 BGB:** Die Sache muss bei Gefahrübergang den subjektiven Anforderungen, den objektiven Anforderungen und den Montageanforderungen gemäß § 434 BGB im einzelnen entsprechen:

**§ 434 Abs. 2 BGB:** Die Sache entspricht den subjektiven Anforderungen, wenn sie

1. die vereinbarte Beschaffenheit (Art, Menge, Qualität, Funktionalität, Kompatibilität, Interoperabilität und sonstige Merkmale) hat
2. sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet
3. mit dem vereinbarten Zubehör und den vereinbarten Anleitungen und Montage- und Installationsanleitungen übergeben wird.

**§ 434 Abs. 3 BGB:** Wenn nichts vereinbart wurde, entspricht die Sache den objektiven Anforderungen wenn sie

1. sich für die gewöhnliche Verwendung eignet
2. eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der selben Art üblich ist und die der Käufer erwarten kann (unter Berücksichtigung der Sache und den Äußerungen des Verkäufers insbesondere in der Werbung und auf dem Etikett
3. einem Muster oder einer Probe, die der Verkäufer dem Käufer gegeben hat, entspricht
4. mit dem Zubehör einschließlich Verpackungsmontage, Installationsanleitung sowie anderen Einleitungen, die übergeben werden, den Erwartungen des Käufers entspricht.

**§ 434 Abs. 4 BGB:** Montageanforderung bei bei ordnungsgemäßer Durchführung der Montage

**§ 434 Abs. 5 BGB:** Ein Sachmangel liegt auch dann vor, wenn der Verkäufer etwas anderes liefert als die vertraglich geschuldete Sache

Frei von Rechtsmängeln, **§ 435 BGB**

- Frei von Rechten Dritter, als nicht vermietet oder verpfändet oder die Sache gehört dem Verkäufer gar nicht

Rechtsfolge: Gewährleistungsansprüche, **§ 437 BGB**

- Zunächst (wegen **§ 323 BGB** Fristsetzung):  
Nacherfüllung, **§ 439 BGB**
- entweder Nachbesserung oder Neulieferung
- Umfang bestimmt zunächst der Käufer, Verkäufer kann beschränken
- Erst dann Rücktritt, Minderung, Schadensersatz

Verjährung, § 438 BGB

unter anderem in

– 5 Jahren bei Bauwerken

– Im übrigen in 2 Jahren

– **Verjährungsbeginn:** bei Übergabe der Grundstücke, im übrigen

– mit Ablieferung der Sache

– Bei arglistigem Verschweigen des Mangels durch den Verkäufer:

Regelmäßige Verjährungsfrist, also 3 Jahre ab Jahresschluss, **§§ 195, 199 BGB**

## Folge der Privatautonomie im Kaufrecht §§ 437 ff. BGB (Fall 32 der Sammlung)

- Umfang der Gewährleistung kann vereinbart und durch Einzelvertrag (nicht durch AGB bei neuen Sachen) vollständig ausgeschlossen werden
- Auch nicht bei arglistigem Verschweigen, § 444 BGB
- Ausnahme auch: Verbrauchsgüterkauf, §§ 474 ff. BGB zwischen Unternehmer (§ 14 BGB) und Verbraucher (§ 13 BGB)
  - keine Vereinbarung über Mängel vor Kenntnis (Mitteilung) des Mangels, § 476 BGB
  - Beweislastumkehr in den ersten 12 Monaten, § 477 BGB

## Fall Mangel/AGB

Die Bankangestellte B. kauft beim Autohändler H. ein neues Sportcabriolet zum Kaufpreis von 47.000,-- €. Eine Woche nach der Auslieferung stellt B. fest, dass sich in der Garage unter dem Auto ein größerer Ölfleck befindet. Bei dem Versuch, unter das Auto zu kriechen, um die Ursache des Ölflecks ausfindig zu machen, wird die neue Bluse von B. durch herabtropfendes Getriebeöl beschädigt.

Als B den Schaden bei H. reklamiert und das Auto zurückgeben möchte, verweist dieser auf seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wonach er bei Sachmängeln ausschließlich eine Nachbesserung schuldet.

### Fragen

1. Hat B. gegen H einen Anspruch auf Rücknahme des Fahrzeugs gegen Erstattung des Kaufpreises?
2. Sind die Allgemeinen Geschäftsbedingungen das H. wirksamer Vertragsinhalt geworden ?

## Lösung

### Zu Frage 1

a. Bezüglich des Autos könnte ein Anspruch auf Rücktritt/Rückgabe gem. **§§ 437, 440 BGB** bestehen.

Voraussetzungen: Kaufvertrag, **§ 433 BGB (+)**, Mangel, **§ 434 BGB (+)**, bei Übergabe (+) Folge: Zunächst Nacherfüllung, **§§ 437, 439 BGB**, Rückgabe erst nach Fristsetzung oder bei zweimaligem Scheitern oder bei endgültiger Ablehnung.

b. Bezüglich der Bluse könnte ein Anspruch auf Schadensersatz gem. **§ 280 BGB** bestehen.

Voraussetzungen: Schuldverhältnis (+), Verletzung des Schuldverhältnisses (+), Schaden (+), Problem: Vertreten müssen - es bestehen keine Anzeichen für ein Vertreten müssen.

### Zu Frage 2

Die Klausel ist unwirksam, da bei neuen Sachen kein Gewährleistungsausschluss über Allgemeine Geschäftsbedingungen erfolgen darf, **§ 309 Nr. 8 b bb BGB**.

Alternativlösung: Es handelt sich um einen Verbrauchsgüterkauf, so dass gem. **§ 476 BGB** vor dem Eintreten (Mitteilung) des Mangels keine Vereinbarung zum Nachteil des Käufers zulässig ist.

## Fall Verbrauchsgüterkauf (Fall 28 der Sammlung)

Der Rentner R kauft beim Händler H eine neue Kaffeemaschine. Da es sich um einen auslaufenden Posten handelt, möchte H ausnahmsweise mit R einen Gewährleistungsausschluss vereinbaren. Hiergegen hat R keine Bedenken, da die Kaffeemaschine völlig unbenutzt ist und mehrere Probedurchgänge fehlerfrei meistert. Außerdem erklärt sich H bereit, dem R im Falle seines Einverständnisses 2 Pfund Kaffee der besten Sorte zu schenken. H und R erklären deshalb im Kaufvertrag durch einen handschriftlichen Zusatz, dass dem R keine Gewährleistungsansprüche zustehen. Dieser Zusatz wird von R gesondert unterschrieben.

Wenige Tage später tritt Wasser aus der Maschine aus. R fordert den H auf, die Maschine zu reparieren. H beruft sich auf seinen Gewährleistungsausschluss.

### Frage

Hat R einen Anspruch auf Beseitigung des Mangels?

## Lösung

AGL: **§ 437 Ziff. 1 BGB**

Kaufvertrag, § 433 (+), Sachmangel, 434 BGB, (+)

unproblematisch

Aber: Gewährleistungsausschluss

Grundsätzlich möglich, da Gewährleistungsvorschriften dispositiv sind.

Aber: hier liegt ein Verbrauchsgüterkauf vor, **§ 474 BGB**, zwischen Unternehmer und Verbraucher (**§§ 13, 14 BGB**), bei dem sich der Verkäufer als Unternehmer gegenüber dem Verbraucher vor Mitteilung des Mangels auf eine Vereinbarung, die zum Nachteil des Käufers führt, nicht berufen kann, **§ 476 Abs. 1 BGB**.

Ergebnis: Anspruch des R besteht.

## Exkurs 1: Besonderheiten für den Kaufmann

Formfreiheit - § 350 HGB

Keine Schriftform für Bürgschaft,  
Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis  
Beispiel: Anruf bei Bank, Übernahme  
Bürgschaft für Dritten

Untersuchungs- und Rügepflicht - § 377 HGB (Fall 3, 20  
der Sammlung)

Verpflichtung zur Untersuchung und unverzöglichen  
Mängelrüge,  
andernfalls gilt Ware als genehmigt  
Beispiel: Lebensmittel sind nicht mehr genießbar.  
Problem: Umfang der Untersuchung – nur wenn  
überhaupt möglich, dann stichprobenartig 3 – 5 %

## Fall Untersuchungs- und Rügepflicht

V und K, beide Kaufleute, schließen am 05.08.2019 einen Kaufvertrag, wonach V an K 20 Paletten Dosenananas zu liefern hat. Die Ware wird am 14.08.2019 bei hochsommerlichen Temperaturen mit einem ungekühlten LKW aus Süditalien, wo die Dosen schon 1 Tag im Hafen standen, angeliefert. K untersucht die Lieferung am 15.08.2019 stichprobenartig und stellt fest, dass diese teilweise verdorben ist. Am 22.08.2019 mahnt V die Zahlung des Kaufpreises an. K erklärt, dass er die Dosenananas nicht behalten wolle und möchte die gesamte Lieferung zurück geben. V hingegen pocht auf Zahlung des Kaufpreises.

### Fragen

1. Worin besteht der Unterschied zwischen einem Ist- und einem Kann-Kaufmann?
2. Steht K ein Anspruch auf Rücknahme der Lieferung durch V zu?

## Exkurs 2: Gefährdungshaftung als verschuldensunabhängige Haftung

### **Produkthaftung**

Am Ende des Wintersemesters feiern die Studenten in einer lauen Märznacht eine Grillparty. Einer der Anwesenden hatte zum besseren Anfachen des Grillfeuers eine Flasche Grillanzünder mitgebracht, die neben der Grillstelle lag. S, einer der Besucher, möchte gegen später Stunde noch eine Wurst grillen und dem Feuer etwas Schwung geben. Im Schummerlicht kann er gerade noch lesen, dass der Grillanzünder auch zum direkten Einsprühen in noch glimmende Kohle geeignet sein soll. Als S den Grillanzünder in die Kohle sprüht, kommt es zu einer Explosion, durch die S Verletzungen im Gesicht und an den Händen erleidet. S muss sofort in ein Krankenhaus. Als Hersteller ist eine Feuerwerks- und Zubehör-GmbH auf der Dose genannt. Bei einer Überprüfung des Sprühmaterials stellt sich heraus, dass ein Zusatzstoff, der die Explosion verhindern soll, dem Flascheninhalt nicht beigegeben worden war.

## Frage

Hat S gegen die GmbH

a. vertragliche

b. deliktische

c. sonstige Ansprüche

auf Ersatz der Behandlungskosten und ein angemessenes Schmerzensgeld?

Produkthaftung nach dem Produkthaftungsgesetz (Nr. 4 im Textband BGB), siehe auch Fall 56 der Sammlung

- Anwendbarkeit, **§ 15 (Arzneimittel)**,  
**§ 16** (vor Geltung des Gesetzes)
- Fehlerhaftes Produkt mit Schadenfolge an Körper, Leben, Gesundheit und privater Sache
- Anspruchsgrundlage: **§ 1 ProdHaftG**
  - Produkt: **§ 2 ProdHaftG** (jede bewegliche Sache – auch als Teil einer anderen Sache - sowie Elektrizität)

- Fehlerhaftigkeit, § 3 ProdHaftG: fehlende Sicherheit
- Tötung, Körperverletzung oder Sachbeschädigung (nur bei privatem Ge- und Verbrauch)
- Kausalität
- **Anspruchsgegner: Hersteller, § 4 ProdHaftG**: Hersteller als solcher, aber auch durch
  - Anbringung des Namens oder
  - Verbringung in den europäischen Wirtschaftsraum
- Kein Ausschluss der Ersatzpflicht nach **§ 1 Abs. II und III ProdHaftG**, z.B.
  - Hersteller bringt Produkt nicht in den Verkehr oder das Produkt war hierfür auch gar nicht vorgesehen oder
  - Das Produkt hatte den Fehler zu diesem Zeitpunkt nicht oder
  - Fehler konnte zu dem Zeitpunkt nicht erkannt werden

## Lösung

a. Keine vertraglichen Ansprüche, da kein Vertrag

b. Anspruch nach § 823 BGB? Könnte bestehen, da eine rechtswidrige Körperverletzung vorliegt. Aber: Es liegen keine Anzeichen für ein Verschulden der GmbH vor, das S nachweisen müsste.

c. Ansprüche nach dem Produkthaftungsgesetz?

AGL: § 1 ProdHaftG

- Produkt: § 2

- Fehler: § 3

- Hersteller: § 4

Kein Ausschluss, 1 Abs. 2

Schmerzensgeld, § 8

## **b. Werkvertrag, §§ 631 ff. BGB**

- Beteiligte: Unternehmer und Besteller
- Geschuldete Leistungen:
  - Unternehmer: Herstellung einer Sache oder Ergebnis (Erfolg) einer Dienstleistung, § 631 Abs. 2 BGB
  - Besteller: Bezahlung, **§ 632 BGB, Abnahme, § 640 BGB**: Formlos, schlüssig oder durch Fristsetzung
  - Fälligkeit der Vergütung nach Abnahme, **§ 641 BGB**
- Leistungsgefahr trägt der Unternehmer bis zur Abnahme, danach der Besteller, **§ 644 BGB**
- Werkunternehmerpfandrecht, **§ 647 BGB**

## Mängelgewährleistung (Fall 68 der Sammlung)

- Sachmangel, § 633 BGB:
  - Vereinbarte Eigenschaft, sonst
  - Eignung für die vertraglich vorausgesetzte, sonst
  - die gewöhnliche Verwendung, § 633 BGB
  
- Rechte des Bestellers, § 634 BGB:
  - Nacherfüllung, § 635 BGB
  - Selbstvornahme nach Fristsetzung, § 637 BGB und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen
  - Rücktritt vom Vertrag nach Fristsetzung, §§ 323, 636 BGB
  - Minderung des Werklohns nach Fristsetzung, §§ 323, 638 BGB
  - Schadensersatz, §§ 636, 280 BGB

## Fall Mangel

Die Studentin S richtet sich eine neue Wohnung ein. Sie kauft im Möbelgeschäft des H einen Kleiderschrank und bittet den H ferner, ein altes Bücherregal neu zu lackieren.

Bei Lieferung beider Möbelstücke stellt S fest, dass die Schranktüren nicht schließen und an einer Ecke des Bücherregals der Lack abplatzt. S wünscht von H einen neuen Schrank und eine Neulackierung des Regals. H möchte am Schrank lediglich die Türscharniere austauschen. Die bei ihm hierdurch entstehenden Kosten belaufen sich auf 30,-- €, bei der Anschaffung eines Ersatzschrankes entstehen ihm Kosten von 350,-- €. Von der Reparaturarbeit ist anschließend nichts mehr zu sehen. Ferner möchte er nur die schadhafte Stelle am Regal abschleifen und neu lackieren. Auch diese Reparatur, die Kosten von 20,-- € verursacht, ist später nicht mehr zu erkennen. Eine Neulackierung würde 100,-- € kosten.

Fragen:

1. Welche Verträge haben S und H geschlossen?
2. Stehen S gegen H Ansprüche auf
  - a. Lieferung eines neuen Schrankes
  - b. Neulackierung des Regalszu?

## Lösung

Frage 1. Schrank: Kaufvertrag, § 433 BGB; Regal: Werkvertrag, § 631 BGB

Frage 2

### Anspruch auf Neulieferung des Schrankes

Der Anspruch könnte sich aus §§ 437, 439 BGB ergeben. Unstreitig haben S und H einen Kaufvertrag geschlossen, § 433 BGB. Der Schrank ist nicht mängelfrei, § 434 BGB, da üblicherweise die Türen eines Kleiderschranks schließen sollten. Der Mangel ist auch bei der Übergabe vorhanden.

Gemäß § 439 Abs. 1 BGB steht S ein Wahlrecht zwischen Neulieferung und Nachbesserung zu, so dass sie grundsätzlich die Neulieferung beanspruchen kann.

Gemäß § 439 Abs. 3 BGB a. F., jetzt § 439 Abs. 4 BGB kann H aber die Neulieferung verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist, und darf sich auf die Nachbesserung beschränken. Die Reparatur ist wesentlich günstiger und später nicht mehr zu erkennen. Die Neulieferung ist im Verhältnis zur Reparatur unangemessen teuer.

## Anspruch auf Neulackierung des Regals

Der Anspruch könnte sich aus **§§ 634, 635 BGB** ergeben. S und H haben einen Werkvertrag geschlossen, **§ 631 BGB**. Das Werk ist auch mangelhaft, **§ 633 BGB**, da der neu angebrachte Lack nicht abplatzen darf.

Gemäß **§ 635 BGB** steht S ein Nacherfüllungsanspruch (Mängelbeseitigung oder neues Werk) zu, **über den aber allein H nach seiner Wahl entscheidet**. Sofern die von ihm vorgesehene Reparatur den Mangel völlig beseitigt - was hier der Fall ist -, kann S keine Neulackierung des kompletten Regals verlangen.

## Verjährungsfristen, § 634 a BGB

- 2 Jahre bei Herstellung, Wartung, Veränderung von beweglichen Sachen
- 5 Jahre bei Bauwerken und Planungs- und Überwachungsleistungen hierfür
- **Sonst: regelmäßige Verjährungsfrist, § 195 BGB: 3 Jahre**
- **Beginn: mit der Abnahme** (Ausnahme: regelmäßige Verjährungsfrist: **Jahresende, § 199 BGB**)
- Regelmäßige Verjährungsfrist auch bei arglistigem Verschweigen eines Mangels

Ausnahme: Werklieferungsvertrag gem. § 650 BGB

- Bedeutung: bei Lieferung von herzustellenden oder zu erzeugenden beweglichen Sachen.
- Folge: Anwendung von Kaufrecht, §§ 433 ff. BGB , also insbesondere Gewährleistung nach Kaufrecht

c. Dienstvertrag, §§ 611 ff BGB (Fall 23 der Sammlung)

- **Beteiligte**: Dienstleistungsgeber und Dienstleistungsnehmer
- **Geschuldete Leistungen**:
  - **Dienstleistungsgeber**: die vereinbarte Dienstleistung (**keinen Erfolg**)
  - **Dienstleistungsnehmer**: Vergütung, **§ 611 BGB**
- stillschweigende Vereinbarung der Vergütung, wenn solche üblich, **§ 612 BGB**
- Dienstleistung ist nicht übertragbar, **§ 613 BGB**
- Fälligkeit der Vergütung: **Nach** der Dienstleistung, **§ 614 BGB**
- Beendigung:
  - Befristung, **§ 620 BGB**, mit Ablauf, sonst
  - Kündigung, **§ 621 BGB** Dienstvertrag und
  - **§ 622 BGB** Arbeitsvertrag

- Dienstvertrag wird zum Arbeitsvertrag durch
  - Weisungs- und Direktionsbefugnis des Dienstleistungsempfängers (wird hierdurch zum Arbeitgeber) sowie
  - Gehorsamspflicht und
  - wirtschaftliche Abhängigkeit des Dienstleistungsgebers (wird zum Arbeitnehmer)siehe § 611a BGB

- Unterscheidung ist wichtig z.B. für
  - Zuständigkeit der Gerichte
  - Kündigungsfristen
  - Gesetze aus dem Arbeitsrecht
  - Sozialversicherungspflicht

## Form der Kündigung

- Grundsätzlich mündlich
- Ausnahme: Schriftlich, § 623 BGB, beim Arbeitsvertrag (keine elektronische Form)
- Fristlose Kündigung:
  - wichtiger Grund und
  - Unzumutbarkeit, § 626 BGB
  - Frist: 2 Wochen ab Kenntnis

Keine Gewährleistungsansprüche im Dienstvertragsrecht, sondern:

Bei schuldhafter Verletzung einer Verpflichtung: § 280 BGB

## d. Mietvertrag (Fall 30, 44 der Sammlung)

Beteiligte: Vermieter und Mieter

Form: Formlos

Geschuldete Leistungen:

- Gebrauchsgewährung der Mietsache
- gegen Bezahlung, **§ 535 BGB**
- Vermieter hat die Sache in vertragsgemäßigem Zustand zu erhalten, **§ 535 Abs. 1 S. 2 BGB** und die Lasten zu tragen, **§ 535 Abs. 1 S. 3 BGB**
- Mietminderung bei Sach- und Rechtsmängeln, **§ 536 BGB**, sie kann sofort ab Vorliegen des Mangels geltend gemacht werden, muss aber gleichzeitig angekündigt werden.
- Schadens- und Aufwendungsersatzanspruch des Mieters bei Mängeln, **§ 536a BGB**
- Pflicht zur Mängelanzeige während des Mietverhältnisses, **§ 536c BGB**

Vertraglicher Ausschluss von Rechten des Mieters möglich, **§ 536 d BGB** (dispositives Recht)

Ende der Mietzeit: Rückgabe **desselben** Gegenstandes

- befristet oder unbefristet, **§ 542 BGB**, dann Kündigung nach den gesetzlichen Vorschriften, nämlich:
  - fristlos (außerordentlich) nach **§ 543 BGB**:
    - wichtiger Grund und UnzumutbarkeitBeispiele: Entziehung des Gebrauchs oder
    - Gefährdung der Mietsache oder
    - Nichtzahlung der Miete für 2 Termine
    - Vorherige Abmahnung bei Nichtzahlung
  - fristgemäß: **§ 580a BGB**:
    - bei Grundstücken und Räumen, die keine Geschäftsräume sind: je nach Dauer (Tag/Woche/Monat) der Mietbemessungszeit
    - bei Geschäftsräumen: am 3. Werktag des Kalendervierteljahres zum Ablauf des nächsten Kalendervierteljahres
  - Form: Grundsätzlich formlos, außer bei Wohnraum, **§ 568 BGB**: Schriftlich
  - Bei beweglichen Sachen: ebenfalls nach Bemessungszeitraum

## e. Leihvertrag, § 598 BGB (Fall 6 der Sammlung)

Beteiligte: Verleiher und Entleiher

Rechte und Pflichten:

- Gegenstand unentgeltlich zur Verfügung stellen
- Rückgabepflicht, § 604 BGB
- Keine besonderen Ansprüche des Entleihers, da er ja nichts bezahlt, Deshalb:
  - Haftung für den Gebrauch der Sache nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit BGB), § 599 BGB
  - für darüber hinausgehenden Schaden, zum Beispiel Mangelfolgeschaden, sogar nur bei arglistig gern verschweigen eines Mangels, § 600 BGB
- Rückgabe **derselben** Sache

f. Darlehensvertrag (Fall 21, 61 der Sammlung)

Sachdarlehen, § 607 BGB (Fall 6 der Sammlung)

Übereignung einer Sache und Rückgabe einer anderen Sache

Dem Darlehensgeber kommt es nicht auf die Rückgabe der konkreten Sache an, sondern nur einer ähnlichen  
z.B. Palettenverträge

## Gelddarlehen, §§ 488 ff BGB

Beteiligte: Darlehensgeber und Darlehensnehmer, grundsätzlich formlos

Ansprüche und Pflichten: Geldbetrag zur Verfügung stellen  
(=übereignen)

Zinsen (nur nach Vereinbarung) und Geld nach Frist oder Zeitablauf zurückzahlen

Kündigungsfrist, § 488 Abs. 3 BGB: 3 Monate für beide, Kündigung formlos

Kündigungsfristen für den Darlehensnehmer

- bei gebundenem Zinssatz: § 489 BGB bei Ablauf des gebundenen Zinssatzes vor Rückzahlungszeitpunkt: 1 Monat
- Spätestens 10 Jahre nach Erhalt

## Außerordentliche Kündigung, § 490 BGB

- für den Darlehensgeber:  
bei Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Darlehensnehmers
- für den Darlehensnehmer:  
wenn er berechnigte Interessen an der Kündigung hat

## Verbraucherdarlehen, §§ 491 ff. BGB (Fall 82 der Sammlung)

- Gelddarlehen zwischen Unternehmer als Darlehensgeber und Verbraucher als Darlehensnehmer
- Vorvertragliche Pflichten: § 491 a BGB mit Hinweis auf Art. 247 EGBGB
- Form: Schriftlich, § 492 BGB
  - Bei Formmangel: Nichtigkeit
  - Gilt auch für Vollmacht
- Erforderliche Angaben: § 492 BGB mit Hinweis auf Art 247, § 6 EGBGB
- Folge: Widerrufsrecht, § 495 Abs. 1 BGB, § 355 BGB:
  - 2 Wochen nach ordnungsgemäßer Belehrung
  - 1 Monat nach verspäteter Belehrung
  - Höchstens 6 Monate ab Vertragsschluss
  - Bei Lieferung von Waren ab deren Eingang
  - Fristwahrung: Absendung (aber nur ausnahmsweise)

## Ausnahmen, § 491 Abs. 2 BGB

- Kleinkredit unter 200,-- €
  - bei Absicherung durch Pfandrecht
  - Vergünstigtes Arbeitgeberdarlehen
  - Vergünstigte Wohnungsbaudarlehen
  - Existenzgründungsdarlehen über mehr als 75.000,-- €, § 512 BGB
- 
- Besondere Form: Verbraucherdarlehensvertrag als verbundenes Geschäft, § 358 BGB (Darlehens- und Kaufvertrag): Widerruf des Kaufvertrages erfasst beide Verträge

g. Geschäftsbesorgungsvertrag, §§ 675 ff BGB (Fall 73 der Sammlung)

Entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag

Abschluss eines Dienst- oder Werkvertrages

Geschäftsbesorgung: Tätigkeit wirtschaftlicher Art (Vermögensbezug) mit gewisser Selbständigkeit (Eigenverantwortliche Überlegung und Entscheidung) und gewisser Dauer

- Im Interesse des Geschäftsherrn (Übernahme einer Tätigkeit, für die der Geschäftsherr ursprünglich selbst zu sorgen hat) Beispiele: Rechtsanwalt und Steuerberater

## Rechtsfolge:

- Informationspflicht, § 675 a BGB
- Vorschriften über den Auftrag (Auftrag = unentgeltliche Besorgung des Geschäfts für einen anderen, z.B. unentgeltliche Vermögensverwaltung), §§ 662 ff BGB, im einzelnen:
  - Anzeigepflicht bei Ablehnung, § 663 BGB
  - Abweichung von Weisungen, § 665 BGB
  - Auskunfts- und Rechenschaftspflicht, § 666 BGB
  - Herausgabepflicht des Erlangten, § 667 BGB
  - Verzinsung des verwendeten Geldes, § 668 BGB
  - Vorschusspflicht, § 669 BGB
  - Ersatz von Aufwendungen, § 670 BGB
  - Jederzeitiger Widerruf und Kündigung, § 671 BGB

Aber: Keine Kündigung zur Unzeit, **§ 671 Abs. 3 BGB**

Vergütung: **§§ 612 ff BGB** (Dienstvertrag) und **§§ 631 ff BGB** (Werkvertrag)

### III. SICHERUNGSRECHTE (Fall 21, 35, 70 der Sammlung)

- Schuldrechtliche
- Dingliche

#### 1. Schuldrechtliche Sicherheiten

##### a. Bürgschaft, § 765 BGB

Beteiligte Parteien: Bürgschaftsgeber (Bürge) und Bürgschaftsnehmer

Inhalt: Einstehen des Bürgen gegenüber dem Bürgschaftsnehmer für dessen Forderung gegen einen Dritten

Form: Schriftform, § 766 BGB

Ausnahme: ein Kaufmann kann sich auch mündlich verbürgen

Der Bürgschaftsvertrag setzt drei Rechtsverhältnisse voraus:

- Schuldverhältnis/Vertrag zwischen Gläubiger und Hauptschuldner, durch den die Hauptschuld entstanden ist. Beispiel: Darlehensvertrag zwischen Kunde und Bank
- Bürgschaftsvertrag zwischen Gläubiger (= Bank) und Bürgen  
Beispiel: Bürgschaftsvertrag zwischen Bank und Geschäftsfreund des Schuldners
- Schuldverhältnis/Vertrag zwischen Hauptschuldner und Bürgen.  
Beispiel: Vertrag zwischen dem Bankkunden und dem Geschäftsfreund
- Wichtig: Bürge übernimmt nicht die eigentliche Schuld des Hauptschuldners, also keine Schuldübernahme, sondern sichert nur bei Ausfall des Schuldners, sogenannte **Ausfallbürgschaft**.

- Folge: Bürge kann nur in Anspruch genommen werden, wenn Schuldner ausgefallen ist und
- Gläubiger alles versucht hat (also auch die Zwangsvollstreckung), seine Forderung gegen den Schuldner durchzusetzen.
- Dem Bürgen steht also grundsätzlich die Einrede der Vorausklage zu, § 771 BGB.
- Ausnahme: ein Kaufmann kann nicht die Einrede der Vorausklage erheben, §§ 349, 350 HGB.
- weitere Ausnahme: selbstschuldnerische Bürgschaft, § 773 Nr. 1 BGB
- Die Einrede der Vorausklage kann auch unter anderen Voraussetzungen ausgeschlossen sein, § 773 BGB Nr. 2 - 4 BGB, z.B. wenn die Zwangsvollstreckung von vornherein aussichtslos ist.

Die Bürgschaft ist streng akzessorisch.

Bedeutung:

Bürgschaft entfällt, sobald die Hauptforderung nicht mehr besteht, § 767 BGB (...jeweilige Bestand der Hauptverpflichtung).

Bürge kann sämtliche Einwendungen aus dem Hauptschuldverhältnis geltend machen, selbst dann, wenn der Hauptschuldner darauf verzichtet haben sollte, § 768 Abs. 1 u. 2 BGB, z. B. Verjährung oder Mängelgewährleistung

Bürge kann Schuldner auf Rückgriff in Anspruch nehmen, gem. § 774 BGB geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf den Bürgen über, **sogenannte Legalzession.**

## Fall Bürgschaft

Der Autovermieter A möchte gerne seinen Fuhrpark um einige Neufahrzeuge ergänzen. Der Anschaffungspreis soll über ein Bankdarlehen finanziert werden. Außerdem wünscht die Bank als weitere Sicherung die Bürgschaft des solventen Vaters von A oder einer sonstigen wirtschaftlich gesicherten Person.

## Fragen

1. Worin besteht der Inhalt einer Bürgschaft? Wie ist Rechtslage, wenn der Bürge die Bürgschaftserklärung der Bank per e-mail zusenden würde?
2. Welche Ansprüche stehen dem Bürgen zu, wenn er von der Bank wirksam in Anspruch genommen wird?

## Lösung

1. Bürge haftet für eine Verbindlichkeit des Schuldners gegenüber einem Gläubiger, § 765 BGB. Ihm stehen grundsätzlich die Einrede der Vorausklage und die sonstigen Einwendungen des Schuldners zu, §§ 768 – 771 BGB, es sei denn, es handelt sich um eine selbstschuldnerische Bürgschaft, § 773 BGB.

Die Bürgschaftsvereinbarung hat schriftlich zu erfolgen, § 766 BGB, Email entspricht nicht dem Schriftformerfordernis.

2. Er kann den Schuldner in Anspruch nehmen, § 774 BGB, gesetzlicher Forderungsübergang.

## b. Sicherungsabtretung, § 398 BGB

Bei einer Abtretung (Zession) wird eine Forderung übertragen, und zwar vom bisherigen Inhaber (Zedent = bisheriger Gläubiger) auf den zukünftigen Inhaber (Zessionar = neuer Gläubiger).

Bei einer Forderung funktioniert die Übertragung nicht durch Einigung und Übergabe, **§ 929 BGB**, weil es sich bei einer Forderung um ein Recht und nicht um eine Sache handelt.

**§ 398 BGB:** „Eine Forderung kann von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem anderen auf diesen übertragen werden (Abtretung). Mit dem Abschluss des Vertrages tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers.“

Bei einer Sicherungsabtretung erfolgt die Abtretung lediglich als Sicherheit für den Fall, dass eine andere Forderung nicht erfüllt werden kann.

Neben dem Abtretungsvertrag ist deshalb auch eine Sicherungsabrede erforderlich, die genau festlegt, unter welchen Voraussetzungen die Sicherheit in Anspruch genommen werden kann.

**Beispiel:** Eine Bank vereinbart mit einem Darlehensnehmer die Abtretung seiner Lohn und Gehaltsforderungen. Die Bank kann die abgetretenen Forderung gegen den Arbeitgeber des Darlehensnehmers allerdings nur unter der Voraussetzung in Anspruch nehmen, dass der Darlehensnehmer mit der Rückzahlung seines Darlehens in Verzug gerät.

**Weitere Beispiele:** Abtretungen von Lebensversicherungen oder Mietforderungen

Es gibt zwei Möglichkeiten:

- Stille Abtretung: der Schuldner der abgetretenen Forderung (sogenannter Drittschuldner) erfährt von der Abtretung nichts
- Offene Sicherungsabtretung: der Schuldner erfährt von der Abtretung. Dies ist häufig bei kapitalbildenden Lebensversicherung der Fall, wenn die Abtretung von der Zustimmung der Lebensversicherung abhängig ist.

Weitere Unterscheidung:

Einzelzession und Globalzession

## 2. Dingliche Sicherheiten

### Besondere Arten der Übereignung

#### a. Eigentumsvorbehalt, § 449 BGB

Zwischen Verkäufer und Käufer

Einigung und Übergabe

Übereignung erfolgt unter dem Vorbehalt der vollständigen Bezahlung des Kaufpreises

Verkäufer kann die Sachen nur zurückverlangen, wenn er vom Kaufvertrag zurückgetreten ist, § 449 Abs. 2 BGB, also:

- Frist setzen, § 323 BGB
- Herausgabe nach § 346 Abs. 1 BGB oder
- Wertersatz nach § 346 Abs. 2 BGB, wenn die Sache nicht mehr vorhanden ist.

## b. Sicherungsübereignung

Der Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen erfolgt normalerweise

durch Einigung und Übergabe, **§ 929 Satz 1 BGB**

Anders aber bei einer Sicherungsübereignung, bei der der Sicherungsgeber und Veräußerer den unmittelbaren Besitz an dem Gegenstand behält und dem Erwerber und Sicherungsnehmer lediglich die rechtliche Position des Eigentümers ohne den unmittelbaren Besitz verschafft. Die eigentlich nach § 929 BGB erforderliche Übergabe wird durch einen sogenannten Besitzkonstitut (rechtliche, nicht tatsächliche Begründung des Besitzes) ersetzt, in dem eine Vereinbarung getroffen wird, durch die der Erwerber den sogenannten mittelbaren Besitz (**§ 868 BGB**) erhält, **§§ 929, 930 BGB**

## Fall Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung (Fall 15, 53, 81 der Sammlung)

Der Autovermieter Car-renting, möchte sich neue Fahrzeuge zulegen und einen Teil seines bisherigen Wagenparks veräußern. Eines der Fahrzeuge verkauft er an einem Montag an den Kunden A, der das Fahrzeug am Dienstag direkt auf dem Gelände der car-renting abholt und mitnimmt. Der Kunde A muss den Kaufpreis bei seiner Bank finanzieren. Die Bank verlangt das Auto als Sicherheit und deshalb eine Sicherungsübereignung.

Ein weiteres Fahrzeug wird an den Kunden B verkauft und übergeben. B möchte den Kaufpreis in Raten bezahlen. Die Car-renting möchte sich das Eigentum bis zur Zahlung des vollständigen Kaufpreises vorbehalten

### Fragen

1. Wie erfolgt rechtlich die Übereignung der Fahrzeuge an die Kunden A und B?
2. Was verstehen Sie unter einer Sicherungsübereignung und wie wird sie vollzogen?
3. Was verstehen Sie unter einem Eigentumsvorbehalt und wie wird er gestaltet?

## Lösung

1. Kunde A: Durch Einigung und Übergabe, **§ 929 Satz 1 BGB**, Kunde B: Durch Eigentumsvorbehalt, **§ 449 BGB**
2. Zur Sicherungsübereignung an die Bank erfolgt eine Einigung über den Eigentumsübergang an die Bank, das Fahrzeug bleibt im Besitz des Kunden, die Übergabe wird ersetzt (Übergabesurrogat) durch ein sogenanntes Besitzkonstitut (= durch Vereinbarung rechtsbegründendes Besitzmittlungsverhältnis, **§ 868 BGB**), **§ 930 BGB**.
3. Der Kaufvertrag wird bedingungslos geschlossen, Einigung und Übergabe erfolgen nach **§ 929 BGB**, beides allerdings unter der aufschiebenden Bedingung (Vorbehalt) der vollständigen Zahlung des Kaufpreises, **§ 449 BGB**.

## c. Pfandrecht an beweglichen Sachen (Fall 21 der Sammlung)

### Vertragliche (rechtsgeschäftliche) und gesetzliche Pfandrechte

#### Vertragliches (rechtsgeschäftliches) Pfandrecht

Das Pfandrecht an beweglichen Sachen oder Rechten wird nach §§ 1204 ff, §§ 1273 ff. BGB durch Rechtsgeschäft bestellt. § 1205 BGB. Es entsteht durch **Einigung und Übergabe.**

Beispiel: Pfandleihhäuser

Verwertung: § 1228 BGB durch Verkauf nach vorheriger Androhung, § 1234 BGB

im Rahmen einer öffentlichen Versteigerung nach § 1235 BGB.

## Gesetzliches Pfandrecht (Fall 72 der Sammlung)

z.B. Werkunternehmerpfandrecht, § 647 BGB und  
Vermieterpfandrecht, § 562 BGB

Nach § 1257 BGB gelten die Vorschriften über das vertragliche Pfandrecht auch für das gesetzliche Pfandrecht.

Beispiel: Ehemann bringt Fahrzeug der Ehefrau in die Reparaturwerkstatt. Der Werkstattinhaber will das Fahrzeug erst nach Bezahlung der Reparaturrechnung herausgeben. Zu Recht?

Lösung: Es ist kein gesetzliches Pfandrecht nach § 647 BGB entstanden, da es sich bei dem Fahrzeug nicht um eine Sache des Bestellers – also des Ehemanns –, sondern um eine Sache der Ehefrau handelt, die eben nicht Bestellerin ist.

## d. Grundschuld und Hypothek

Dingliche Belastungen des Grundstücks  
zugunsten des Berechtigten  
auf Zahlung einer bestimmten Summe  
aus dem Grundstück

Bestellung der Hypothek: § 1113 ff. BGB

Bestellung der Grundschuld: § 1192 BGB nach den Vorschriften über  
die Hypothek

Unterschied zwischen Hypothek und Grundschuld:

Hypothek ist streng mit der Forderung verbunden (Akzessorität)

Bedeutung: Hypothek geht mit Abtretung der Forderung (§ 398 BGB)  
automatisch auf den zukünftigen Forderungsinhaber über, § 1153  
BGB.

Entstehung:

- Einigung zwischen Grundstückseigentümer und Hypothekenerwerber und
- Eintragung in das Grundbuch, §§ 873, 1115 BGB
- Schuldner der Hauptforderung und Grundstückseigentümer müssen nicht identisch sein.
- Unterschied: Brief- und Buchhypothek, ebenso Brief- und Buchgrundschuld

Bei der Briefhypothek erwirbt der Hypothekar die Hypothek erst mit der Aushändigung des Briefes, § 1117 BGB.

## IV. Datenschutz

### 1. Grundlagen

**Bundesdatenschutzgesetz und Datenschutz-Grundverordnung EU 2016/679 des EU-Parlaments vom 27.04.2016, gilt seit Mai 2018**

Beide Vorschriften gelten unmittelbar und parallel nebeneinander.

Beim **Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)** handelt es sich um Bundesrecht, das nur für die Bundesrepublik Deutschland gilt.

Bei der **DSGVO** handelt es sich um eine Verordnung im Rahmen des EU – Vertrages. Verordnungen gehören auf EU – Ebene zum sogenannten Primärrecht, das – anders als zum Beispiel Richtlinien – unmittelbare Geltung in den Beteiligten EU – Staaten erlangt, ohne dass eine nationale Umsetzung – zum Beispiel durch ein Bundesgesetz – erforderlich wäre (a.A.: VO ist schon Sekundärrecht, da sie erst vom EU-Parlament verabschiedet werden muss, z.B. Richtlinien, Beschlüsse, Empfehlungen, Stellungnahmen).

**Aber § 1 Abs. 5 BDSG: BDSG gilt nicht, soweit DS-GVO unmittelbar gilt.**

Beide Vorschriften haben ein gemeinsames Ziel, nämlich den Schutz

- natürlicher Personen bei der
- Verarbeitung
- personenbezogener Daten

(Art. 1 DSGVO sowie § 1 BDSG).

## 2. Wer wird geschützt? Geschützter Personenkreis

Im Grunde handelt es sich um alle Informationen, die sich auf eine **natürliche Person** beziehen, das ist die sogenannte betroffene Person. Nicht geschützt werden also juristische Personen (GmbH und AG) und Personenmehrheiten (OHG und KG sowie GbR), durchaus problematisch bei Ein-Mann – GmbH oder bei identifizierbaren Mitgliedern einer Personengesellschaft.

Daten **Verstorbener** sind grundsätzlich nicht geschützt, anders aber bei Daten, die auf lebende Verwandte durchschlagen können, zum Beispiel bei Angaben über Erbkrankheiten.

### 3. Was bedeutet Verarbeitung, Vorgang?

Die Verordnung gilt für die **Verarbeitung** von Daten wie folgt

**Art. 4 Ziff.2 DS-GVO** sowie **§ 46 Ziff. 2 BDSG**: Verarbeitung ist jeder **„mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführte Vorgang oder jede solche Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten sowie das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, den Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung von Daten.“**

#### 4. Was sind personenbezogene Daten?

Dies ist in beiden Vorschriften identisch geregelt, nämlich in

**Art. 4 Ziffer 1 DSGVO** sowie **§ 46 BDSG**:

*„Personenbezogene Daten sind alle **Informationen**, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare **natürliche Person** (betroffene Person) beziehen; als identifizierbar wird eine **natürliche Person** angesehen, die direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer online – Kennung oder zu einem oder mehreren besonderen Merkmalen, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Personen sind, identifiziert werden kann.“*

## 5. Was wird geschützt? Geschützte Daten (**Einzelheiten und Beispiele**)

Es fallen hierunter

- persönliche Informationen wie Identifikationsmerkmale (zum Beispiel Name, Anschrift, Geburtsdatum, IP – Adresse und Cookies, Ebenso Lichtbilder, Videoaufzeichnungen, eventuell auch Kennziffern wie Rentenversicherungsnummer oder E-Mail-Adresse, sofern andere unbefugten Zugriff haben können.)
- äußere Merkmale (Geschlecht, Augenfarbe, Größe und Gewicht)
- innere Zustände (zum Beispiel Meinungen, Motive, Wünsche, Überzeugungen und Werturteile)
- sachliche Informationen (Vermögens und Eigentumsverhältnisse, Kommunikations – und Vertragsbeziehungen und sonstige Beziehungen der betroffenen Person zu dritten und ihrer Umwelt)
- Aber auch Daten besonderer Kategorien (**Art. 9 Abs. 1 DS-GVO**), zum Beispiel solche, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen, aber auch genetische Daten, biometrische Daten, Gesundheitsdaten oder Daten zum Sexualleben oder der sexuellen Orientierung einer natürlichen Person. Definitionen zu den einzelnen Begriffen finden sich in **Art. 4 DS-GVO** – Begriffsbestimmungen.

6. In welchem Bereich wird geschützt?

a. Sachlicher Bereich (Art. 2 DSGVO)

*„Die Verordnung gilt für die ganz oder teilweise **automatisierte Verarbeitung** personenbezogener Daten sowie für die **nicht automatisierte Verarbeitung** personenbezogener Daten, die in einem **Datensystem** gespeichert sind oder gespeichert werden sollen.“*

*Ausnahme: § 26 Abs. 7 BDSG, **keine Speicherung im Beschäftigungsverhältnis erforderlich***

Ausnahmen(also nicht mehr im sachlichen Bereich):

- Verarbeitung durch natürliche Personen zur Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten (Art. 2 Absatz 2 c DSGVO)

- Verarbeitung durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung, einschließlich des Schutzes vor und der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit (Art. 2 Absatz 2 d DSGVO)

Und nochmals sachlicher Bereich **§ 1 Abs. 1 BDSG**:

*„Dieses Gesetz gilt für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch **öffentliche Stellen des Bundes und öffentliche Stellen der Länder**. Für **nicht-öffentliche Stellen** gilt dieses Gesetz für die ganz oder teilweise **automatisierte Verarbeitung** personenbezogener Daten sowie die **nicht automatisierte Verarbeitung** personenbezogener Daten, die in einem **Datensystem** gespeichert sind oder gespeichert werden sollen.*

*Außer im Beschäftigungsrecht (z.B. Arbeitsrecht), **§ 26 Abs. 7 BDSG**, wonach eine Speicherung nicht erforderlich ist.*

Ausnahme:

*„...es sei denn, die Verarbeitung durch natürliche Personen erfolgt zur **Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten**,“ § 1 Abs. 1 S. 2 BDSG*

Zulässigkeit: Für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch öffentliche Stellen (**§ 3 BDSG**)

Personenbezogene  
Daten  
**§ 4 DS GVO**

Natürliche Person  
Keine juristischen Person

Verarbeitung  
**§ 4 DS GVO**

Sachlicher Bereich  
Automatisierte und nicht automatisierte Verarbeitung mit  
(beabsichtigter) Speicherung (**§ 2 DS GVO und § 1 BDSG**)

Im Beschäftigungsrecht (z.B. Arbeitsrecht) auch ohne  
Speicherung (**§ 26 Abs. 7 BDSG**)

DS-GVO: keine Unterscheidung zwischen öffentlichen und nicht-  
öffentlichen Stellen

BDSG: Geltung für öffentliche Stellen immer, für nicht-öffentliche  
Stellen nur bei (auch teilweise) automatisierter Verarbeitung sowie  
bei (auch beabsichtigter) Speicherung in einem Dateisystem.

Örtlicher Bereich, **§ 3**  
**DS-GVO**

b. Örtlicher Bereich (Räumlicher Anwendungsbereich der DS-GVO, Art. 3 DS-GVO

Abs. 1: sofern ein Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter eine Niederlassung in der Union unterhält und im Rahmen der Tätigkeiten dieser Niederlassung personenbezogene Daten verarbeitet (Prinzip der Niederlassung in der Union, Niederlassungsprinzip)

Der tatsächliche Ort der Datenverarbeitung ist also für die Eröffnung des räumlichen Anwendungsbereichs der DS-GVO erheblich.

Aber Abs. 2: Anwendungsbereich wird erweitert auf verantwortliche und Auftragsverarbeiter, die nicht in der Union niedergelassen sind, aber Waren oder Dienstleistungen anbieten (Marktortprinzip)

Das Bundesdatenschutzgesetz kennt das Problem nicht. Es handelt sich um ein Bundesgesetz, das ausschließlich für die Bundesrepublik Deutschland gilt.

## 7. Wie wird geschützt?

**Allgemeine Grundsätze:** Art. 5 DS-GVO z.B.:

- Datenminimierung
- Speicherdauer

**Spezieller Grundsatz:** Verbot mit Zulässigkeitsbeschränkungen, Art. 6 DS-GVO. Dies bedeutet:

Die Verarbeitung personenbezogener Daten ist **grundsätzlich verboten**. Sie darf nur erfolgen, wenn

- a. die **betroffene Person einwilligt** oder
- b. ein **sonstiger gesetzlicher Zulässigkeitstatbestand** greift, **Art. 6 DS-GVO**, Rechtmäßigkeit der Verarbeitung.

Eine derartige Regelung, wonach die Verarbeitung personenbezogener Daten grundsätzlich verboten ist, gibt es im Bundesdatenschutzgesetz nicht. Im BDSG wird in verschiedenen Vorschriften (näheres dazu später) festgelegt, unter welchen Voraussetzungen die Verarbeitung personenbezogener Daten zulässig ist.

Einwilligung, **Art. 6 Absatz 1, a DS-GVO** ist

jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person signalisiert, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist (**Definition: Einwilligung ist nur freiwillig möglich, Art. 4 Ziff. 11 DS-GVO**).

Bedingungen für die Einwilligung, **Art. 7 DS-GVO**:

Der verantwortliche muss die Einholung einer Einwilligung nachweisen. Die Einwilligung kann allerdings schriftlich, elektronisch oder auch mündlich gegeben werden. Die Abgabe einer wirksamen Einwilligung erfordert ein positives Tun. Bereits vor angekreuzte Kästchen reichen für eine wirksame Einwilligung nicht aus.

Die Einwilligung muss selbstständig erklärt werden und für sich selbst stehen, insbesondere darf sie nicht gleichzeitig mit der Erklärung zum Abschluss eines Vertrages oder als Voraussetzung dafür gekoppelt werden, wenn die Daten für die Bearbeitung des Vertrages überhaupt nicht erforderlich sind (sogenanntes Kopplungsverbot, **Art. 7 Abs. 4 DS-GVO**).

Problematisch sind also Verträge, bei denen mit persönlichen Daten bezahlt wird.

Besondere Bedingungen stehen für die Einwilligung eines Kindes, **Art. 8 DSGVO**, unter 16 Jahren nur mit Zustimmung der verantwortlichen Eltern oder durch diese selbst.

**Art. 6 Abs. 1 Buchstabe b - f DS-GVO** rechtmäßige Verarbeitung **ohne Einwilligung** der betroffenen Person, nämlich:

- Für die Erfüllung eines Vertrages
  - Zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung
  - zum Schutz lebenswichtiger Interessen der betroffenen Person
  - zur Wahrnehmung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse oder in Ausübung öffentlicher Gewalt
  - zur Wahrung der berechtigten Interesse des Verantwortlichen oder eines Dritten
- Demgegenüber gibt es im BDSG nur eine Generalklausel, **§ 3 BDSG**, wonach die Verarbeitung personenbezogener Daten durch **öffentliche Stellen** zulässig ist, wenn die zur Erfüllung der in der Zuständigkeit des Verantwortlichen liegenden Aufgabe oder in Ausübung öffentlicher Gewalt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde, erforderlich ist. Für **nichtöffentliche Stellen** ist noch die (auch nur beabsichtigte) **Speicherung erforderlich**.

## Konkreter Datenschutz

**Art. 5 DS-GVO:** Allgemeine Grundsätze,  
z.B.:

- Datenminimierung
- Speicherdauer

**Art. 7 DS-GVO:** Bedingungen  
für die Einwilligung

**Art. 4 Ziffer 11 DS-GVO:**  
Einwilligung muss freiwillig erfolgen

**Art. 6 DS-GVO:** Verbot mit Ausnahme-  
vorbehalt

- Einwilligung oder
- Erfüllung eines Vertrages
- Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung
- Lebensbedrohlichen Interessen
- Öffentliches Interesse
- Wahrung berechtigter Interessen



**Besondere Kategorien personenbezogener Daten sind z.B.: rassische, ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse und weltanschauliche Überzeugungen, biometrische Daten, genetische Daten, Gesundheitsdaten u.a., § 9 Abs. 1 DS-GVO.**

Die Verarbeitung besonderer Kategorien von personenbezogenen Daten ist **grundsätzlich untersagt.**

Beispiel für die Verarbeitung **besonderer Kategorien** bezogener Daten im Arbeitsrecht, **Art. 9 Absatz 2 b DS-GVO.**

Sie ist nur zulässig bei Vorliegen besonderer Gründe, z.B. zur Wahrnehmung von arbeits – und sozialrechtlichen Rechten und Pflichten des Verantwortlichen oder der betroffenen Person erforderlich ist, **§ 9 Abs. 2 DS-GVO.**

Eine ähnliche Vorschrift findet sich **für das Beschäftigungsverhältnis in § 26 BDSG.**

Weitere Zulässigkeitstatbestände in **Art. 9 Abs. 2 DS-GVO** sind

- Erhebliches öffentliches Interesse bei Krisenbewältigung, humanitären Maßnahmen und Ähnliches. Erforderlich ist, dass die Datenverarbeitung die Interessen der betroffenen Person überwiegen. Es ist in der Regel der Fall, wenn das Wohl der Allgemeinheit betroffen ist.

- Versorgung im Gesundheitsbereich zum Schutz lebenswichtiger Interessen, zum Beispiel zur Abwehr von Gefahren für Leib und Leben bei einem Unfall. Die Vorschrift gilt aber nur, sofern die betroffene Person nicht in der Lage ist, ihre Einwilligung zu erteilen, zum Beispiel bei Bewusstlosigkeit.

- Verfolgung rechtlicher Ansprüche, zum Beispiel für die Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen der Gerichte im Rahmen ihrer justiziellen Tätigkeit, aber auch bei außergerichtlicher Tätigkeit.

## Also: Datenschutz im Beschäftigungsverhältnis

### 1. Regelungen zum Datenschutz im Beschäftigungsverhältnis

Vor der Einführung der DS-GVO: §§ 32 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG, alte Fassung)

Nach der Einführung: über Art 88 DS-GVO (Öffnungsklausel): § 26 BDSG (neue Fassung). Die DS-GVO ist in allen europäischen Ländern als sogenanntes Primärrecht sofort und direkt anwendbar, eine Umsetzung und Konkretisierung in nationales Recht ist nicht erforderlich.

Bedeutung der Öffnungsklausel: Besondere nationale Vorschrift ist möglich, wie in Deutschland § 26 BDSG als Zusatzvorschrift

Aber: es können auch Kollektivvereinbarungen getroffen werden, wie zum Beispiel Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge.

Geltungsbereich des 26 BDSG: Gemäß §§ 1, 26 Abs. 1 BDSG für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch öffentliche oder nichtöffentliche Stellen im Zusammenhang mit einer Beschäftigung.

**Verarbeitung personenbezogener Daten: Art. 4 Nr. 1 und Nr. 2 DS-GVO**

**§ 26 Abs. 8 BDSG, Definition des Beschäftigten:** z. B. Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, zu ihrer Berufs Ausbildung Beschäftigte, Beamtinnen und Beamte sowie Bewerberinnen und Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis.

Auch **§ 26 BDSG** gilt grundsätzlich **nur für personenbezogene Daten** (wie DS-GVO auch), also: Übernahme der Regelungen des **Art. 4 DS-GVO** wie

– **Art. 4 Nr. 1 DS-GVO: personenbezogene Daten** – alle Informationen, die sich auf eine identifizierbare oder identifizierte natürliche Person beziehen. Gemeint ist also jede Information, die eine Person zugerechnet werden kann (siehe oben), im Arbeitsrecht insbesondere:

- Name
- Geburtsdatum
- Religion
- Staatsangehörigkeit
- Personalnummer
- Gehalt
- Bankverbindung
- Beruflicher Werdegang
- Eventuelle Abmahnungen

Im Bewerbungsverfahren/Bewerbungsgespräch sollen nur **Fragen gestellt** werden, die für die Besetzung der Stelle relevant sind, also Fragen nach

- Qualifikation
- beruflicher Werdegang
- bisherige Arbeitszeugnisse
- Gesundheitszustand und Vorstrafen nur, wenn für das konkrete Arbeitsverhältnis relevant

– **Art. 4 Nr. 2 DS GVO: Verarbeitung (siehe oben)** – jeder mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführte Vorgang oder jede solche Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten wie das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, den Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung

Gemäß **Art. 2 Abs. 1 DS-GVO** sachlicher Bereich: **Grundsätzlich Beschränkung auf die automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten und die nicht automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen.**

**Aber: § 26 BDSG** geht über diese Regelung hinaus, da in **§ 26 Abs. 7 BDSG** geregelt ist, dass die **Abs. 1-6 auch anzuwenden sind, wenn personenbezogene Daten einschließlich besonderer Kategorien personenbezogener Daten von Beschäftigten verarbeitet werden, ohne dass sie in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen.**

Bedeutung: **§ 26 BDSG** gilt schon dann, wenn ein Beschäftigter nur angehört, befragt oder beobachtet wird, **ohne dass** die Ergebnisse in einem Dateisystem, zum Beispiel in einer Personalakte, gespeichert werden.

Problem: Gelten die Datenschutzvorschriften auch für **Kleinunternehmen**?

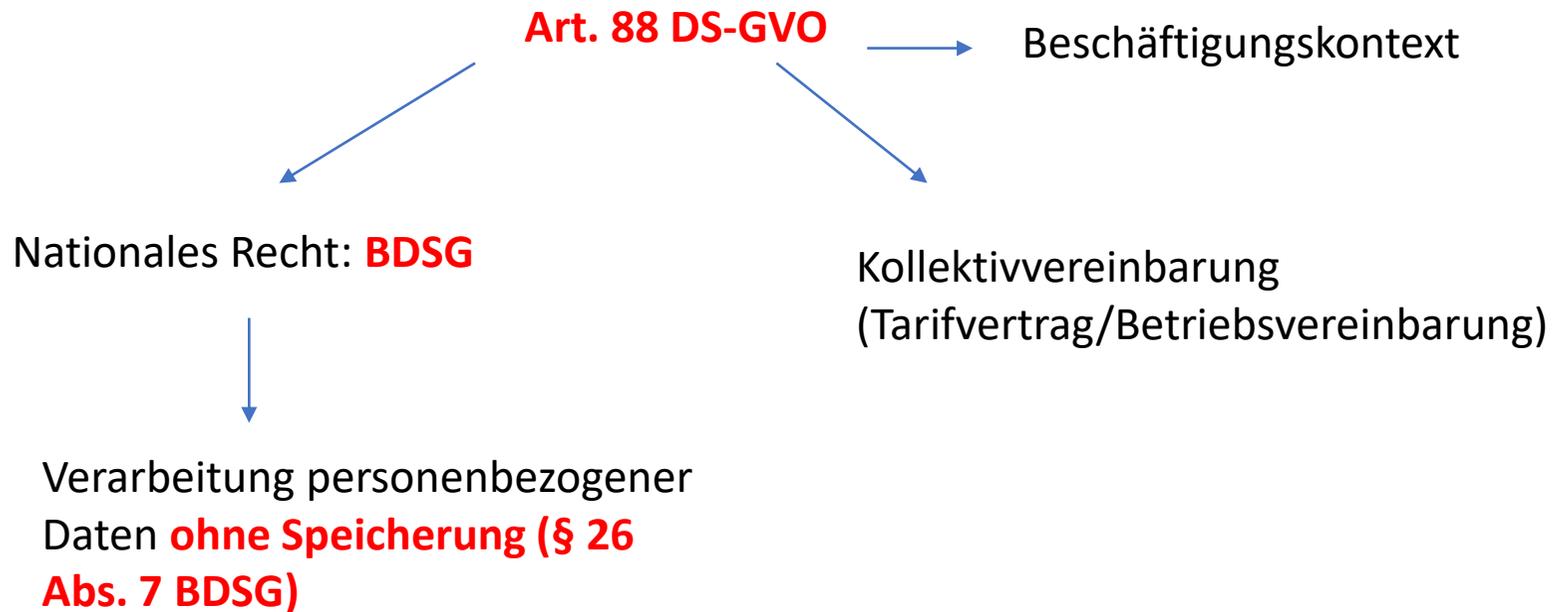
Jeder, der Mitarbeiter beschäftigt, unterliegt den Datenschutzvorschriften

Aber: **Art. 30 Abs. 5 DS-GVO** lautet wie folgt:

Die in den Abs. 1 und 2 genannten Pflichten (betrifft das Führen eines Verzeichnisses von Datenverarbeitungstätigkeiten) gelten nicht für Unternehmen oder Einrichtungen, die weniger als 250 Mitarbeiter beschäftigen, **es sei denn**, die von ihnen vorgenommene Verarbeitung birgt **ein Risiko für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen, die Verarbeitung erfolgt nicht nur gelegentlich oder es erfolgt eine Verarbeitung besonderer Datenkategorien gemäß Art. 9 Abs. 1** bzw. die Verarbeitung von personenbezogenen Daten über strafrechtliche Verurteilung und Straftaten im Sinne des Artikels 10.

Also: Der Fall (also dass Unternehmer mit weniger als 250 MA nicht unter die DS-GVO fallen) kommt praktisch nicht vor.

## Datenschutz im Beschäftigungsverhältnis



## 2. Erlaubte Verarbeitung personenbezogener Daten im Beschäftigungsverhältnis

§ 26 BDSG und Art. 6 DS-GVO: unterschiedliche Erlaubnistatbestände

– § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG, **Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses**

– § 26 Abs. 1 Satz 2 BDSG: **zur Aufdeckung von Straftaten**

– Artikel 6 Absatz 1a DS-GVO, § 26 Abs. 2 BDSG: **bei einer Einwilligung**

- Wenn bei der **Verarbeitung besonderer Kategorien** personenbezogener Daten weitere besondere Voraussetzungen erfüllt sind, § 26 Abs. 3 BDSG, Art. 9 DS-GVO

- Wenn sonstige Erlaubnistatbestände erfüllt sind, Art. 6 Abs. 1 Buchstaben c - f DS-GVO

Im einzelnen:

## § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG, Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses

Ist gegeben, wenn die Datenverarbeitung für die Entscheidung über die **Begründung** eines Beschäftigungsverhältnisses (...), für dessen **Durchführung** oder **Beendigung** oder zur Ausübung oder Erfüllung (...) der Rechte und Pflichten der Interessenvertretung der Beschäftigten **erforderlich** ist.

**Erforderlich:** die widerstreitenden Interessen von Arbeitgebern Arbeitnehmer müssen abgewogen werden.

**Auch Bewerbungsprozess** gehört zum Beschäftigungsverhältnis.

Problem: bei der Suche nach geeigneten Bewerbern für eine ausgeschriebene Stelle **in sozialen Netzwerken** stellt sich die Frage nach der Erforderlichkeit.

Pro: Die Einsehbarkeit der Daten ist für eine breite Öffentlichkeit gegeben, wenn diese vom Bewerber nicht auf einen bestimmten Personenkreis beschränkt wird

Ebenso pro: die Veröffentlichung erfolgt ja gerade zur Eigendarstellung

## **Problem: Behandlung von Daten abgelehnter Bewerber**

Angemessene Zeit der Aufbewahrung, um möglicherweise spätere Kontakte nochmals zu ermöglichen oder aber auch die Daten in einem denkbaren Rechtsstreit nach dem AGG zu verwenden, wenn die Entscheidung zu rechtfertigen ist.

Frist grundsätzlich: sechs Monate **(Art. 5 DS-GVO)**

## Datenverarbeitung **für die Durchführung oder zur Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses**

Erforderlichkeit gegeben, wenn zum Beispiel Daten für die Abführung von **Sozialversicherungsbeiträgen** verarbeitet werden müssen: das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung des Arbeitnehmers hat hier eindeutig hinter dem Interesse des Arbeitgebers, die Beiträge für den Arbeitnehmer abführen zu müssen, zurückzutreten.

Problem: Veröffentlichung einer **Liste mit den Geburtstagen** der Beschäftigten betriebsintern, wenn einer der Beschäftigten in die Veröffentlichung nicht eingewilligt hat. Hier würde das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Mitarbeiters das Informationsinteresse des Arbeitgebers überwiegen.

Weiteres Problem: Veröffentlichung von **Fotografien von Mitarbeitern** auf einer Betriebsfeier auf der Homepage des Unternehmens: Datenverarbeitung erfolgt nicht zum Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses, also nur mit Einwilligung des Arbeitnehmers.

**Anders vielleicht** bei einer Veröffentlichung für interne Zwecke, zum Beispiel Veröffentlichung einer Fotografie eines **neuen (leitenden) Mitarbeiters** und dessen Vorstellung

Weitere Fragen hierzu:

- Weitergabe von **Daten an Steuerberater** oder ein Lohnbüro, wenn ein sogenannter Auftragsbearbeitungsvertrag (AVV) geschlossen wird.
- Erfassung von **Daten zur Arbeitszeit ist zulässig, sofern sie zur Ermittlung des Lohns** erforderlich ist und zur Überprüfung der Frage, ob der Arbeitnehmer seinen vertraglichen Verpflichtungen nachkommt.
- Sofern ein Mitarbeiter dem **Mindestlohngesetz unterfällt, ist die Zeiterfassung sogar obligatorisch.**
- Die **Art der Arbeitszeiterfassung** bleibt dem Arbeitgeber überlassen. Problematisch sind Arbeitszeiterfassung über Programme, die den gesamten Tagesablauf, also auf den privaten Bereich, speichern, z.B. über das Handy des Arbeitnehmers.
- **Gesundheitsdaten, Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen** dürfen erfasst und gespeichert werden, um den Verpflichtung des Arbeitgebers aus dem Entgeltfortzahlungsgesetz zu genügen.

- Datenverarbeitung zur Ausübung oder Erfüllung der Rechte und Pflichten der Interessenvertretung des Berechtigten, also z.B. durch den Betriebsrat (**§ 26 Abs. 4 BDSG**): Soll die Weitergabe von Arbeitnehmerdaten an den Betriebsrat gewährleisten, damit dieser seinen Aufgaben nachkommen kann, z.B. Mitbestimmung bei Einstellung oder Versetzung gemäß **§ 99 Betriebsverfassungsgesetz** oder bei der Anhörung vor der Kündigung gemäß **§ 102 Betriebsverfassungsgesetz**

## Datenverarbeitung aufgrund von Kollektivvereinbarungen (siehe oben Art. 88 DS-GVO):

Dementsprechend sieht **§ 26 Abs. 4 BDSG** vor, dass eine Datenvereinbarung aufgrund einer speziellen Regelung in einer Kollektivvereinbarungen (Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag) zulässig ist.

Problem hierbei: Die Inhalte solcher Vereinbarungen können **auch zum Nachteil des Beschäftigten** von den Normen der DS-GVO und des BDSG abweichen.

Aber: Gemäß **Art. 88 Abs. 2 DS-GVO** ist dabei immer auf die menschliche Würde, die berechtigten Interessen und die Grundrechte der betroffenen Person zu achten.

Datenverarbeitung zur Aufdeckung von Straftaten, § 26 Abs. 1 Satz 2 BDSG

Gemeint sind Straftaten des Beschäftigten. **Strenge Anforderungen:**

– Begründeter (!) Verdacht einer begangenen Straftat bzw. Ordnungswidrigkeit

– Datenverarbeitung muss auch erforderlich sein

– § 26 Abs. 1 Satz 2 BDSG dient lediglich der Aufklärung und nicht der Verhinderung zukünftiger Straftaten.

Also: **Videüberwachung** (offene und verdeckte) am Arbeitsplatz kann zulässig sein.

## Videoüberwachung im einzelnen:

- Unterscheidung zwischen **offener und verdeckter** Videoüberwachung:

### Offene Überwachung: ist erkennbar

Bei der Frage der Zulässigkeit ist eine Interessenabwägung vorzunehmen:

- Anlass der Überwachung
- Art, Dauer und Intensität
- Einbeziehung unbeteiligter Dritter
- die Anzahl der überwachten Personen
- Verhältnismäßigkeit

Geschützt ist das Persönlichkeitsrecht und – zum Beispiel bei unbeteiligten Dritten – auch das Recht am eigenen Bild.

Zugunsten des Arbeitgebers ist **sein Hausrecht** zu berücksichtigen.

## Verdeckte oder heimliche Überwachung

Ist sie nicht erkennbar, sie ist nur zulässig in Notfällen und ähnlichen Situationen, nach Bundesarbeitsgericht bei

- Vorliegen einer besonderen Gefährdungslage im überwachten Betrieb
- Verhältnismäßigkeit (vor allem zeitliche Beschränkung)
- begründeter Anfangsverdacht, ansonsten Einverständnis der Mitarbeiter
- angemessene technische Vorkehrungen (z.B. Bereich der Videoerfassung - Schwenkbereich, sicheres Netzwerk und nur Bild-, kein Tonmaterial)

Weniger strenge Anforderungen bei **öffentlich zugänglichen Räumlichkeiten** wie

- Bahnsteiganlage
- Ausstellungsräume in Museen
- Verkaufsräume
- Schalterhalle

weil viele Personen der Überwachung in der Regel ausweichen können, was für den Arbeitnehmer allerdings nicht gilt.

Zu beachten ist das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gemäß § **87 Abs. 1 Ziffer 6 Betriebsverfassungsgesetz**

## **§ 26 Abs. 2 BDSG:** Verarbeitung personenbezogener Daten **auf der Grundlage einer Einwilligung**

Im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis sind aufgrund der bestehenden **Abhängigkeit besondere Anforderungen an die Einwilligung** zu stellen. Auch hier muss **gemäß § 26 Abs. 2 BDSG** Freiwilligkeit vorliegen. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn für die beschäftigte Person ein rechtlicher oder wirtschaftlicher Vorteil erreicht wird oder Arbeitgeber und Beschäftigte Personen gleichgelagerte Interessen haben. Die Einwilligung bedarf der Schriftform, wenn nicht aufgrund besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist, was zum Beispiel der Fall sein kann, wenn in Unternehmen ausschließlich auf elektronischem Wege kommuniziert wird. Auf jeden Fall ist die **Einwilligung in die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten ausdrücklich zu erklären**, also nicht schlüssig, **§ 26 Abs. 3 Satz 2 BDSG**.

Die Einwilligung ist jederzeit widerruflich, über das Widerrufsrecht ist durch den Arbeitgeber zu belehren, **Art. 7 Abs. 3 DS-GVO**

Datenverarbeitung **besonderer Kategorien** personenbezogener Daten, § 26  
Abs. 3 BDSG

Begrifflichkeit wie in **Art. 9 Abs. 1 DS-GVO**:

- personenbezogene Daten, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugung oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen
- ebenso genetische Daten, biometrische Daten zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person, Gesundheitsdaten oder Daten zum Sexualleben oder der sexuellen Orientierung einer natürlichen Person

Die Verarbeitung dieser Daten ist grundsätzlich untersagt, **Art. 9 Abs. 1 DS-GVO**.

**Aber Öffnungsklausel, Art. 9 Absatz 2 b DS-GVO (...soweit dies nach dem Recht der Mitgliedstaaten ... zulässig ist... )**

**hier: § 26 Abs. 3 S. 1 BDSG**

... **für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses zulässig, wenn** sie zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht, dem Recht der sozialen Sicherheit und des Sozialschutzes **erforderlich** ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse der betroffenen Person an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegt.

Als auch hier muss eine **Erforderlichkeit** vorliegen.

**Beispiel:** Erfassung von biometrischen Daten eines Mitarbeiters für die Teilnahme an einem Authentifizierungsverfahren beim Zugang zum Firmengelände aus Sicherheitsgründen.

... **bei Einwilligung in die Verarbeitung, § 26 Abs. 3 S. 2 BDSG (s.o.: Ausdrücklich)**

## Datenschutz im Beschäftigungsverhältnis

### Art. 88 DS-GVO (Beschäftigungskontext)

Nationales Recht: **§ 26 BDSG**

oder

Kollektivvereinbarung  
(Tarifvertrag/Betriebsvereinbarung)

Zweckbezogen erforderlich  
**§ 26 Abs. 1 S. 1 BDSG**

Aufdeckung von Straftaten  
**§ 26 Abs. 1 S. 2 BDSG**

Einwilligung  
**§ 26 Abs. 2 BDSG**

Verarbeitung besonderer Kategorien von personenbezogenen Daten  
**§ 26 Abs. 3 BDSG**

**Informationspflichten des Arbeitgebers** gemäß **Art. 12, 13 DS-GVO**  
über Art und Umfang der Datenverarbeitung:

denkbar über einzelvertragliche Vereinbarung, Betriebsvereinbarung,  
aber auch durch Aushänge am schwarzen Brett.

Zudem: Aufklärungspflicht über die Betroffenen-Rechte nach **Art. 15 ff. DS-GVO**.

## 8. Rechte der betroffenen Person

Geregelt in den Artikeln **13 ff. DS-GVO**, im einzelnen

– **Art. 12 DS-GVO**, transparente Information, Kommunikation und Modalitäten für die Ausübung der Rechte der betroffenen Person durch

- verständliche und zugängliche Information
- schriftliche oder elektronische Form
- allgemeines Behinderungsverbot (also Erleichterung der Ausübung der Rechte)
- zeitnahe Information (innerhalb von einem Monat) und
- Unentgeltlichkeit

## Rechte im einzelnen

**Art. 13 DS-GVO:** Informationsrecht bei Datenerhebung bei der betroffenen Person (Direkterhebung): Der Verantwortliche hat die Pflicht, der betroffenen Person die im Katalog aufgeführten Informationen mitzuteilen (Name und Kontaktdaten des Verantwortlichen, die Zwecke der Erhebung, die Rechtsgrundlage für die Verarbeitung, die berechtigten Interessen des Verantwortlichen u. ä.), Ebenso die Speicherzeit und der Zeitpunkt der Erhebung der Daten.

**Art. 14 DS-GVO** Datenerhebung nicht bei der betroffenen Person (Dritterhebung): Ähnlich wie **Art. 13 DSGVO**, jedoch bestehen umfangreichere Ausnahmetatbestände, besteht die Pflicht zum Beispiel nicht, wenn die Erteilung der Informationen einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde (zum Beispiel bei der Verarbeitung von Daten für statistische Zwecke).

## **Art. 15 DS-GVO**, Auskunftsrecht

Erste Stufe Anspruch auf Auskunft darüber, ob überhaupt Daten verarbeitet werden.

Zweite Stufe für den Fall der Bejahung sind Details der Verarbeitung mitzuteilen (wie bisher: Angaben zu Verarbeitungszwecken, Kategorien personenbezogener Daten, Empfängern oder Kategorien von Empfängern, Speicherdauer, Rechte der betroffenen Person die Berichtigung, Löschung, Einschränkung Widerspruch, Beschwerde, Herkunft der Daten)

Auf Antrag der betroffenen Person: Übermittlung der Informationen als Kopie

## **Art. 16 DS-GVO**, Berichtigungsrecht

Recht auf Berichtigung, sofern die vom Verantwortlichen verarbeiteten Daten unrichtig sind. Im Falle einer Berichtigung ist der verantwortliche verpflichtet, allen Empfängern, denen diese personenbezogenen Daten offengelegt wurden, die Berichtigung der Verarbeitung mitzuteilen (sogenannte Nachberichtspflicht), Art. **19 DS-GVO**)

Enthält auch das Recht auf Vervollständigung

**Art. 17 DS-GVO, Recht auf Löschung, wenn**

- Der Zweck der Verarbeitung erfüllt ist (zum Beispiel Arbeitnehmer ist aus dem Unternehmen ausgeschieden)
- Die Einwilligung widerrufen wird
- Die betroffene Person Widerspruch eingelegt hat.

Im Falle der Löschung sind die Daten unkenntlich zu machen. Auch hier besteht die sogenannte Nachberichtspflicht gemäß **Art. 19 DS-GVO**.

**Art. 18 DS-GVO**, Recht auf Einschränkung der Verarbeitung (Sperrung),  
wenn

- Zweifel an der Richtigkeit der personenbezogenen Daten bestehen
- Die Verarbeitung rechtswidrig ist (zum Beispiel bei fehlendem Einverständnis oder einer Rechtsgrundlage für die Verarbeitung)
- Die betroffene Person Widerspruch eingelegt hat
- Wenn der Betroffene ein berechtigtes Interesse an dem Erhalt der Daten hat und diese deshalb nicht gelöscht werden sollen, zum Beispiel um sich später auf einen anderen Verantwortlichen zu übertragen (**Art. 20 DS-GVO**).

## **Art. 20 DS-GVO**, Recht auf Datenübertragbarkeit

Beinhaltet einen möglichst unkomplizierten Wechsel von einem Verantwortlichen zu einem anderen Verantwortlichen

## **Art. 21 DS-GVO**, Widerspruchsrecht

**Abs. 1:** Jede betroffene Person hat das Recht, ..., Jederzeit gegen die Verarbeitung sie betreffenden personenbezogenen Daten, die aufgrund von Art. 6 Absatz 1E oder F erfolgt, Widerspruch einzulegen (Buchstabe: Wahrnehmung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse oder in Ausübung öffentlicher Gewalt; F zur Wahrung berechtigter Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten); dies gilt auch für ein auf diese Bestimmungen gestütztes Profiling.

**Abs. 2:** Widerspruchsrecht auch bei Verarbeitung von personenbezogenen Daten für die Verwendung bei direkt Werbung, dies gilt ebenfalls für die Anfertigung von Profilen (Profiling).

**Abs. 3:** widerspricht die betroffene Person der Verarbeitung für Zwecke der Direktwerbung, so werden die personenbezogenen Daten nicht mehr für diese Zwecke verarbeitet.

## 9. Der Datenschutzbeauftragte, **Art. 37 DS-GVO**

Die Ernennung ist erforderlich, wenn die Verarbeitung von personenbezogenen Daten bei einer **Behörde oder öffentlichen Stelle** durchgeführt wird mit Ausnahme von Gerichten im Rahmen ihrer justiziellen Tätigkeit, **Art. 37 Abs. 1 DS-GVO**.

Im **nicht-öffentlichen Bereich (Art. 37 Abs. 1b DS-GVO)** besteht eine Benennungspflicht nur dann, wenn die **Kerntätigkeit** des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters in der Durchführung von Verarbeitungsvorgängen besteht, welche aufgrund ihrer Art, ihres Umfangs und/oder ihrer Zwecke eine umfangreiche regelmäßige und systematische Überwachung von betroffenen Personen erforderlich machen oder in der umfangreichen Verarbeitung besonderer Kategorien von Daten (**Art. 9 DS-GVO**) oder von personenbezogenen Daten über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten (**Art. 10 DS-GVO**) besteht.

**Beispiel für Kerntätigkeit: Patientenbehandlung in einem Krankenhaus**, nicht aber Patientenbehandlung durch den Betriebsarzt (nicht Betriebsrat) bei einem Autohersteller, da die Behandlung von Patienten bei einem Autohersteller nicht zur Kerntätigkeit gehört.

### **Art. 37 Abs. 5 DSGVO:**

Der Datenschutzbeauftragter wird auf der Grundlage seiner beruflichen Qualifikation und insbesondere des Fachwissens benannt, das auf dem Gebiet des Datenschutzrechts und der Datenschutzpraxis besitzt.

### **Art. 39 DS-GVO:**

Aufgaben des Datenschutzbeauftragten -  
Unterrichtung und Beratung des Verantwortlichen und seiner Mitarbeiter über ihre Pflichten und Vorschriften Absatz Überwachung der Einhaltung dieser Verordnung und anderer Vorschriften Absatz Beratung und gegebenenfalls Überwachung der Durchführung

Rechtsfolgen bei Verstößen, **Art. 77 ff. DS-GVO**

Bußgeldvorschrift, **Art. 83 DS-GVO** hierüber entscheidet die Aufsichtsbehörde bis maximal 20 Millionen € (**Art. 83 Abs. 5 DS-GVO**)

**Strafrechtliche Vorschriften bestehen keine in der DS-GVO.**

Neben der Verhängung eines Berufsbildes kann auch Schadenersatz verlangt werden, **Art. 82 DS-GVO.**

Aufsichtsbehörden, **Art. 51 ff. DS-GVO**

**Zusammenarbeit und Kohärenz, Art. 60 ff DS-GVO**

## Fall 1: Beschäftigtendatenschutz

A bewirbt sich als Versicherungskaufmann bei der Versicherungsgesellschaft V. Während des Vorstellungsgesprächs stellt sich heraus, dass V über die berufliche und private Vergangenheit des A sehr gut informiert ist. V hat diese Daten „gegoogelt“ und zudem Verbindung mit dem früheren Arbeitgeber des A aufgenommen und weitere Informationen eingeholt. Ferner hat V über ein soziales Netzwerk unter falschem Namen an A eine Freundschaftsanfrage gesendet, die A angenommen hat.

Sind die von V vorgenommenen Datenverarbeitungen rechtmäßig?

Nachdem V den A eingestellt hat, teilt er allen Mitarbeitern mit, dass zukünftig auf der Internetseite von V alle Mitarbeiter mit Namen, Position und Foto angezeigt werden sollen.

Wäre das rechtmäßig?

## Lösung

### A. Informationsbeschaffung durch V

**Außerhalb des Datenschutzes:** Nach **StGB** nicht ersichtlich, nach **BGB: §§ 1004, 823 Abs. 1, Abs. 2**, wenn **Datenträger beschädigt oder nicht mehr bestimmungsgemäß genutzt werden kann, z.B. wenn Daten gelöscht werden nur unter dem Gesichtspunkt der Eigentumsverletzung, nicht etwa des sonstigen Rechts**, und die Verletzung des Eigentumsrechts setzt zumindest einen sachenrechtlichen Bezug voraus, woran es bei Daten als zunächst einmal reine Angaben fehlt.

### Unter datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten

1. **Personenbezogene Daten, Art. 4 Nr. 1 DS-GVO?**

ist unproblematisch

2. **verarbeiten, § 26 BDSG, Art. 4 Nr. 2 DS-GVO?**

**Hier: erheben**

## I. Recherche im Internet

Besonderheit für das Arbeitsrecht: **§ 26 Bundesdatenschutzgesetz durch die Öffnungsklausel in Art. 88 DS-GVO** zur Schaffung einer eigenen Rechtsgrundlage.

Also Voraussetzungen des **§ 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG**:

- A ist **Bewerber** und gilt nach § 26 Abs. 8 Nr. 2 als **Beschäftigter** im Sinne von **§ 26 Abs. 1 BDSG**
- Datenbeschaffung **erforderlich** für die **Begründung, Durchführung oder Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses?**

**Hier: Für die Begründung**

- **Erforderlichkeit**: **Interessenabwägung**, hier **insoweit problematisch**, als V die Daten **nicht unmittelbar bei A erhoben** hat, sondern über Dritte (Google), bei weiterer Überlegung aber unproblematisch, **da die Daten öffentlich zugänglich sind** und V ein berechtigtes Interesse hat (Auswahl geeigneter Mitarbeiter)

**Ergebnis: Recherche ist zulässig**

## II. Befragung des früheren Arbeitgebers, § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG

### 1. **Personenbezogene Daten, § 4 Nr. 1 DS-GVO?**

ist unproblematisch

### 2. **verarbeiten, § 26 BDSG, § 4 Nr. 2 DS-GVO?**

**Hier: erheben**

- **Erforderlichkeit, wie oben (zur Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses):**

Nach Literatur und Rechtsprechung ist die Befragung eines früheren Arbeitgebers ohne weiteres zulässig, **sofern nicht sogenannte höchst persönliche Daten bekannt gegeben werden**, die für die Bewertung der Arbeit nicht erforderlich sind.

**Ergebnis: Befragung ist ebenfalls zulässig**

### **III. Einholung von Informationen über soziales Netzwerk, § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG**

**1. Personenbezogene Daten, Art. 4 Nr. 1 DS-GVO?  
ist unproblematisch**

**2. verarbeiten?  
Hier: erheben**

– Die Daten sind nicht öffentlich zugänglich, **V hat den A getäuscht**, um an Informationen zu gelangen, es liegt ein nicht gerechtfertigter **Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des A (§ 823 Abs. 1 BGB)** vor, der auch unter dem Gesichtspunkt der Begründung eines Arbeitsverhältnisses nicht zulässig ist.

**Ergebnis: Die Recherche ist unzulässig.**

## **B. Veröffentlichung von Personaldaten und Fotos im Internet**

1. **Personenbezogene Daten**, Art. 4 Nr. 1 DS-GVO?

ist unproblematisch

2. **verarbeiten**, § 26 BDSG, Art. 4 Nr. 2 DS-GVO?

Hier: **Verwenden**

**§ 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG**

– **Erforderlich** für die Begründung, **Durchführung** oder Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses?

**Hier: Durchführung**

– Erforderlich eventuell bei **Kundenberatern, Außendienstmitarbeitern usw., da dieser mit Kontakt Kunden stehen und die Kunden entsprechende Sichtbarkeit erwarten (+), im Übrigen aber nicht (-)**

– **Veröffentlichung von Fotos erfordert aber zudem eine Einwilligung nach § 22 Kunsturhebergesetzes (KUG)**

– **also: Besondere Prüfung der Freiwilligkeit gemäß § 26 Abs. 2 BDSG** aufgrund der im Beschäftigungsverhältnis bestehenden Abhängigkeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, Freiwilligkeit liegt nur vor, sofern vom Arbeitgeber **kein besonderer Druck** ausgeübt wird.

**Ergebnis: Bei Einwilligung unter Berücksichtigung der besonderen Voraussetzungen für die Freiwilligkeit zulässig.**

## Fall 2 GPS-Überwachung

Der Arbeitgeber stellt dem Arbeitnehmer ein Firmenfahrzeug zur Verfügung, das über ein GPS kontrolliert wird. Ist eine solche Maßnahme zulässig?

- **Personenbezogene Daten: § 26 BDSG, Art. 4 DS-GVO (+)**
- **verarbeiten i.S.v. erheben (+)**

**Erforderlich für die Begründung, Durchführung oder Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses?**

Hier: **Durchführung**

- **Nicht zur Kontrolle, wo sich die Mitarbeiter momentan aufhalten (-)**

Aber: zur Überprüfung, ob die Mitarbeiter die **Ruhezeiten** einhalten, die nach dem **Arbeitszeitgesetz** zwingend vorgeschrieben sind und bei Nichteinhaltung ein hohes Bußgeld nach sich ziehen können.

**Ergebnis: Zulässig**

### Fall 3: Videoüberwachung

Der Inhaber eines größeren Ladengeschäftes installiert eine umfangreiche Videoanlage, um eventuelle Diebstähle aufklären zu können. Die Aufnahmen werden gespeichert. **Nach einer gewissen Zeit stellt er einen erheblichen Warenschwund fest und überprüft die Videoaufzeichnungen.** Dabei stellt er fest, dass eine seiner Mitarbeiterinnen bereits vor mehreren Monaten gelegentlich Geld aus der Kasse genommen hat. **Er kündigt das Arbeitsverhältnis fristlos** und macht Schadensersatzansprüche in Form der entwendeten Geldbeträge und des Kostenaufwandes für die Videoüberwachung geltend.

Die Arbeitnehmerin wendet ein, die Speicherung von Daten sei über längere Zeit nicht zulässig gewesen, **so dass sowohl die Kündigung als auch die Geltendmachung der Schadensersatzansprüche unzulässig gewesen seien.** Ist dieser Einwand berechtigt?

## Lösung

Fristlose Kündigung rechtmäßig/Ansprüche auf Schadensersatz?

**§ 626 BGB: Wichtiger Grund** und **Unzumutbarkeit** der Fortsetzung für den Kündigenden, weil

- **§ 823 I BGB**: Eigentumseingriff, vorsätzlich, nicht gerechtfertigt und Schaden

Teilergebnis: Fristlose Kündigung ist rechtmäßig.

**Problem: Wurden die Voraussetzungen für die fristlose Kündigung rechtmäßig geschaffen?**

**Oder anders gefragt: War die Verarbeitung von personenbezogenen Daten durch das Video rechtmäßig?**

- **Personenbezogene Daten**: § 26 BDSG, Art. 4 DS-GVO (+)

- **verarbeiten i.S.v. erheben** (+)

- **Erforderlich** für die Begründung, Durchführung oder Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses?

Hier: **Durchführung**

**Erforderlichkeit, § 26 BDSG: Interessenabwägung (s.o.)**

**Alternative: Art. 6 Abs. 1 f DS-GVO:** berechtigtes Interesse des Verantwortlichen?

Hier: Erheblicher Warenschwund

**Teilergebnis: Maßnahme – Videoüberwachung – ist zulässig**

**Problem: Speicherung**

Die **Zulässigkeit der Speicherung** richtet sich nach **Art. 5 Abs. 1 Buchstabe e DS-GVO**, der wie folgt lautet:

Personenbezogene Daten müssen in einer Form gespeichert werden, die die Identifizierung der betroffenen Personen **nur so lange ermöglicht, wie es für die Zwecke, für die sie verarbeitet werden, erforderlich ist.**

**Ergebnis: Zulässig bis die Straftat bzw. die Schadensersatzansprüche verjährt sind.**

## Fall 4: Keylogger-Programm

Ein Arbeitgeber installierte auf dem PC seiner Mitarbeiter ein sogenanntes Keylogger-Programm, **wobei die Beschäftigten von diesem Vorgang in Kenntnis gesetzt** wurden. Das Programm ermöglichte es dem Arbeitgeber, sämtliche Tastatureingaben der Mitarbeiter aufzuzeichnen sowie regelmäßig Screenshots zu erstellen.

Bei diesem Vorgang stellte sich heraus, dass einer der Mitarbeiter für **private Zwecke im Internet surfte**. **Der Arbeitgeber kündigte fristlos**. Der Arbeitnehmer ging gegen die Kündigung vor und meinte, diese sei unrechtmäßig. Zu Recht?

## Lösung

### **§ 626 BGB: Fristlose Kündigung bei wichtigem Grund und Unzumutbarkeit der Fortsetzung**

#### **Wichtiger Grund und Unzumutbarkeit? (+)**

#### **Problem: Verstoß gegen das Datenschutzgesetz?**

**- Personenbezogene Daten: § 26 BDSG, Art. 4 DS-GVO (+)**

**- verarbeiten, § 26 BDSG, Art. 4 Nr. 2 DS-GVO?**

Hier: **erheben**

**Erforderlich** für die **Begründung, Durchführung** oder Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses?

**Hier: Durchführung, § 26 Abs. 1 BDSG?**

**Wohl nicht**, weil die Durchführung des Arbeitsverhältnisses nicht die Kontrolle absolut jeder Tätigkeit an einem PC erfordert, also (-).

Aber: aufgrund einer Einwilligung, **Art. 6 Abs. 1 a DS-GVO?**

Problem: war die Einwilligung freiwillig?

Maßstab:

- **§ 26 Abs. 2 BDSG** – **besondere Umstände des Arbeitsverhältnisses** – ein rechtlicher oder wirtschaftlicher Vorteil des Arbeitnehmers besteht sicherlich nicht, vielmehr liegt ein **Abhängigkeitsverhältnis vor, dem sich der Arbeitnehmer bei der Anordnung der Überwachung gar nicht entziehen kann.**

- **Ebenso Art. 7 Abs. 4 DS-GVO: Kopplungsverbot**, da die Durchführung des Arbeitsverhältnisses einschließlich der Erbringung der Dienstleistung **nicht von der Einwilligung in eine Verarbeitung der personenbezogenen Daten abhängig ist.**

**Ergebnis: Eher nicht zulässig**

## Fall 5: Datenkorrektur

Mitarbeiterin Frau M möchte wissen, welche Daten von ihr in ihrer elektronischen Personalakte gespeichert sind. Auf Nachfrage bei der Personalleitung bezüglich der von ihr gespeicherten Daten erhält sie die Antwort, dass ihre **Privatanschrift, ihr Familienstand, die Zahl ihrer unterhaltsberechtigten Kinder, ihr beruflicher Werdegang und die Namen ihrer Eltern elektronisch gespeichert sind**. Frau M fällt auf, dass die gespeicherte **Zahl ihrer unterhaltsberechtigten Kinder falsch** ist. Eine Einwilligung zur Speicherung dieser Daten hat Frau M nicht gegeben, ihre Eltern ebenfalls nicht.

Anspruch auf Korrektur?

Ist die Speicherung der Daten von Frau M zulässig?

Welche Rechte stehen Frau M bezüglich dieser Daten zu?

## Lösung

- Personenbezogene Daten: **§ 26 BDSG, Art. 4 DS-GVO (+)**
- verarbeiten i.S.v. speichern (+)
- Erforderlich für die Begründung, Durchführung oder Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses?

### **Hier: Durchführung**

Die Speicherung der Daten ist grundsätzlich zulässig gemäß **§ 26 Abs. 1 BDSG**. Es handelt sich um personenbezogene Daten, die zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses gespeichert werden dürfen.

**Eine Einwilligung ist nicht erforderlich.** Gespeichert werden dürfen allerdings **nur Daten, die zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich** sind. **Dies ist bei den Eltern von Frau M nicht der Fall.** Diese Daten dürfen **ohne Einwilligung der Eltern** nicht gespeichert werden.

Hinsichtlich der Daten der Eltern steht Frau M ein **Löschungsanspruch** gemäß **Art. 17 DS-GVO** zu, hinsichtlich der Anzahl der unterhaltsberechtigten **Kinder ein Berichtigungsanspruch gemäß Art. 16 DS-GVO.**

## **Fall 6: nochmals Videoüberwachung (nach Bundesarbeitsgericht vom 28.3.2019)**

In einem Tabak- und Lottoladen sind mehrere Kameras **sowohl im Verkaufsraum als auch im Mitarbeiterbereich** installiert, um das Verhalten der **Kunden und der Bediensteten** zu dokumentieren. Aufgrund der Auswertung der Videoüberwachung **wird einer Mitarbeiterin wegen Diebstahls fristlos gekündigt**. Zu Recht?

## Lösung

Die Kündigung erfolgte zu Recht, wenn die Videoüberwachung rechtmäßig wäre.

**§ 626 BGB, fristlose Kündigung: wichtiger Grund und Unzumutbarkeit?**

**Problem: Verarbeitung von personenbezogenen Daten rechtmäßig?**

- Personenbezogene Daten: Art. 4 DS-GVO (+)
- verarbeiten i.S.v. erheben (+)
- Erforderlich für die Begründung, Durchführung oder Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses?

**Hier: Durchführung**

**Bis hier also unproblematisch**

**Eine Videoüberwachung ist auch aus Gründen der Prävention zulässig.** Maßgeblich stellt das BAG auf die Frage ab, ob mit der eingerichteten Überwachungsanlage ein solcher Druck erzeugt werde, nach der die Mitarbeiterinnen in ihrer Gestaltungsfreiheit „wesentlich gehemmt“ würden dann wäre eine Videoüberwachung eher unzulässig und AN könnte zumindest auf Unterlassung klagen, §§ 1004, 823 BGB.

In jedem Fall sei die Überwachung aber nicht nur im Rahmen der Aufklärung von möglichen Straftaten, sondern auch abseits – zur **Aufdeckung von sonstigen arbeitsrechtlichen Verfehlungen – ein taugliches Mittel und deshalb zumindest grundsätzlich zulässig; in dem Fall gemäß dem aktuellen § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG.**

Problem: Was wäre, wenn die Videoüberwachung nicht rechtmäßig wäre?

**Dann: siehe oben Fall 3, die Daten wären verwertbar, bis die Straftat bzw. die Schadensersatzansprüche verjährt wären.**

Es wird folgende andere Meinung vertreten:

1. Das Gericht nimmt keine detaillierte Prüfung der Erforderlichkeit vor, sondern hakt diesen Punkt kurz und bündig ab mit dem Hinweis, dass es sich **„oft um die einzigen, regelmäßig aber um die „zuverlässigsten“ Erkenntnis- und Beweismittel“ handele** – und springt damit quasi direkt **von der Eignung zur Angemessenheit**.
2. Das Urteil argumentiert konsequent gegen die Grundsätze sowohl der Datenminimierung und Speicherbegrenzung (Art. 5 Abs. 1 DSGVO) als auch gegen den Grundsatz datenschutzfreundlicher Voreinstellungen (Art. 25 Abs. 2 DSGVO).
3. Die Richter gehen wenig bis gar nicht darauf ein, dass es vorliegend um zwei separate Zwecke (**Verhinderung** von Pflichtverletzungen zum einen sowie **Aufklärung und Verfolgung** derselben zum anderen) geht, die aber anhand einer *einheitlichen* Vorschrift bewertet werden. Die Regelung zur Zweckänderung in **Art. 6 Abs. 4 DSGVO** (**es muss ein Zusammenhang zwischen den beiden Zwecken bestehen**) findet indes keinerlei Erwähnung. **Richtigerweise muss bei einer Zweckänderung eine Interessenabwägung erfolgen zwischen Datenschutz und Eigentumsschutz**
4. Auch die Frage, ob mildere Mittel in Form von z.B. erhöhten **Stichprobenkontrollen des Warenbestands oder auch der Einsatz eines Ladendetektivs** denkbar wären, wird nicht thematisiert.

## Fall 7: Und nochmals Videoüberwachung

Eine Tankstellen-Betreiberin überwacht mit mehreren Kameras sowohl den **Kassen-Arbeitsplatz** der Tankstelle **als auch nicht-öffentliche Bereiche hinter dem Verkaufsraum** (Fall ähnlich wie oben Tabak- und Lottogeschäft).

Ein Arbeitnehmer verlangt **Schadensersatz** vom Arbeitgeber wegen unzulässiger Überwachung. Zu Recht?

Lösung

### **Anspruch aus Art. 82 DS-GVO?**

- Personenbezogene Daten: Art. 4 DS-GVO (+)
- verarbeiten i.S.v. erheben (+)
- Erforderlich für die Begründung, Durchführung oder Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses, **§ 26 DS-GVO?**

Hier: Durchführung

Videoüberwachungsmaßnahmen des Arbeitgebers, die auf eine Kontrolle der Beschäftigten und die **Aufdeckung von Straftaten durch diese** abzielen, können daher nur im Einzelfall und unter sehr strengen Voraussetzungen zulässig sein.

Hierfür müssen gemäß **§ 26 Absatz 1 Satz 2 Bundesdatenschutzgesetz n.F.**

- dokumentierte tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass die betroffene Person im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen hat,
- die Videoüberwachung muss zur Aufdeckung der Straftat erforderlich sein (d.h. es dürfen keine gleich geeigneten, mildereren Alternativen bestehen und der Kameraeinsatz muss das letzte verbleibende Mittel zur Aufklärung sein)
- und das schutzwürdige Interesse der Beschäftigten darf nicht überwiegen, insbesondere dürfen Art und Ausmaß der Überwachung im Hinblick auf den Anlass nicht unverhältnismäßig sein.

**Die Beweislast für das Vorliegen dieser Voraussetzungen liegt beim Arbeitgeber.** Es sollte also in jedem Fall vorab eingehend geprüft werden, ob ein Kameraeinsatz am Arbeitsplatz datenschutzkonform möglich ist.

Folge: Anspruch auf Schadenersatz gemäß Art. 82 DS-GVO bzw. 83 BDSG, im vorliegenden Fall: 2.000,00 €

## **Fall 8: Biometrische Zeiterfassung am Arbeitsplatz**

Der Arbeitgeber eines mittelständischen Unternehmens hat sich dazu entschieden, eine Zeiterfassung am Arbeitsplatz einzuführen. Er wählt hierzu eine Zeiterfassung über biometrische Daten (Fingerabdrücke, Augen scannen und ähnliches). Der Arbeitnehmer A weigert sich, an dieser Maßnahme teilzunehmen und ist der Auffassung, es gebe andere technische Mittel, die nicht in seine Persönlichkeit eingreifen. Erfolgt die Weigerung zurecht?

Der EuGH hat in einer viel beachteten arbeitsrechtlichen Entscheidung bestimmt, dass die Mitgliedstaaten der EU die Arbeitgeber verpflichten müssen, „**ein objektives, verlässliches und zugängliches System**“ einzuführen, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann.“

1. In Betracht kommen unter anderem Fingerabdruck-, Venen (Hand)- oder Iris-Scanner.

**biometrische Zeiterfassung:** Körperteil wird gescannt und mit dem in der Datenbank hinterlegten Referenz-Datensatz abgeglichen (**errechneter eindeutiger Wert**)

**beim Fingerabdruck-Scan** werden bei der Einrichtung des Mitarbeitenden-Profiles die individuellen, nicht vererbaren Fingerlinienverzweigungen – sog. **Minutien** – erfasst.

- Bei dem **Minutiendatensatz** handelt es sich um **besondere Kategorien personenbezogener Daten im Sinne des Art. 9 Abs. 1 DS-GVO und des § 26 Abs. 3 BDSG:**

**generelles Verarbeitungsverbot (Art. 9 Abs. 1 DS-GVO)**, sofern sich aus **Art. 9 Abs. 2 DS-GVO** keine Ausnahme ergibt. Als Ausnahmeregelungen kommen in Betracht

- die Einwilligung,
- eine Kollektivvereinbarung **oder**
- die Erforderlichkeit

als mögliche Erlaubnistatbestände.

2. Für die Zeiterfassung mittels Fingerabdrucks ist die **Erforderlichkeit im Sinne des § 26 Abs. 1 BDSG** nur gegeben, wenn sie **zweckdienlich ist, es kein milderer Mittel gibt und das Verfahren verhältnismäßig ist**. Im vorliegenden Fall wird überwiegend die Erforderlichkeit als nicht gegeben angesehen. Zwar besteht beim Einsatz alternativer Zeiterfassungsmöglichkeiten immer die Gefahr eines Missbrauchs in Form des Arbeitszeitbetrugs. Liegen jedoch keine konkreten Anhaltspunkte für einen „systematischen Missbrauch“ vor, ist ein überwiegendes schutzwürdiges Interesse der Mitarbeitenden anzunehmen. **Die Zeiterfassung mittels Fingerabdrucks ist insoweit nicht erforderlich.**

3. **Die Einwilligung im Beschäftigungsverhältnis ist zulässig.** Gleichwohl wird sie seit jeher kritisch gesehen. Hintergrund ist das Erfordernis der **Freiwilligkeit der Erklärung**. Der Beschäftigte muss die Erklärung ohne Zwang abgeben können. Ferner darf sich aus der Weigerung kein Nachteil für das Beschäftigungsverhältnis ergeben. Gerade bei derart eingriffsintensiven Datenverarbeitungen wie der Nutzung von Biometrie muss mit Widerständen in der Belegschaft und der Verweigerung der Einwilligung gerechnet werden. Insoweit muss der Arbeitgeber für diesen Fall eine **Alternative bereithalten**. Er kommt somit nicht um das Angebot einer zusätzlichen biometriefreien Zeiterfassung herum, selbst wenn er Gefahr läuft, dass sämtliche Beschäftigte die Alternative wählen.

4. **Kollektivverträge** können nach **§ 26 Abs. 4 BDSG** als Rechtsgrundlage einer Datenverarbeitung gelten. Sie können selbständige Datenschutzregelungen enthalten und sind nicht an den Interessenausgleich von DS-GVO und BDSG gebunden. **Denkbar ist insoweit auch ein Abweichen zum Nachteil der Beschäftigten** (BeckOK DatenschutzR/Riesenhuber, 30. Ed. 1.11.2019, BDSG § 26 Rn. 54). Gleichwohl sind Kollektivverträge **nicht unbeschränkt oder kontrollfrei** zulässig. Sie müssen die Grundsätze des Art. 9 Abs. 2 DS-GVO beachten. **Insoweit kann das zur Einwilligung Dargestellte auf Kollektivvereinbarungen übertragen werden.**

## Fall 9: Namensschild am Arbeitsplatz

Ein Arbeitgeber verlangt von seinen Mitarbeitern, dass sie am Arbeitsplatz Namensschilder tragen. Ist eine derartige Maßnahme zulässig?

Lösung Beurteilungsgrundlage: **§ 26 BDSG (über Art. 88 DS GVO als Öffnungsklausel)**

Problem: ist eine derartige Verpflichtung überhaupt grundsätzlich möglich?

Rechtsgrundlage: **§§ 611a BGB: Weisungs- und Direktionsbefugnis** des Arbeitgebers nur bei Rechtmäßigkeit der angeordneten Maßnahme

Rechtsgrundlage:

- **§ 26 Abs. 1 Satz eins, Absatz 7 BDSG:**
- Vor- und Nachname einer Person sind personenbezogene Daten
- Daten werden offengelegt und somit verarbeitet
- **eine Speicherung ist nach § 26 Abs. 7 BDSG nicht erforderlich**

## **Problem: Für das Beschäftigungszeiten erforderlich?**

- Wegen positiver Wahrnehmung durch Dritte, zum Beispiel Kunden
- das Mittel muss geeignet und angemessen sein (mildestes. Mittel), Art. 5 Abs. 1 Buchstabe c DS-GVO, sogenannte Datenminimierung

Aber: sofern dem Arbeitnehmer ein Nachteil aus dem Tragen von Namensschildern entsteht, zum Beispiel Veröffentlichung seines Namens durch Kunden oder Mitarbeiter, so ist er berechtigt, das Tragen des Namensschildes zu verweigern.

## Fall 10: Suchmaschine

A war bis April 2012 Geschäftsführer eines Regionalverbandes mit über 500 Beschäftigten und mehr als 35.000 Mitgliedern. Im Jahre 2011 wies der Regionalverband ein finanzielles Defizit von knapp 1 Million € auf. Kurz zuvor hatte sich A aufgrund gesundheitlicher Probleme krank gemeldet. Die Presse berichtete wiederholt über die finanzielle Schieflage des Verbandes, teils auch unter Nennung des Namens von A, sowie der Tatsache, dass er sich aus gesundheitlichen Gründen nicht im Dienst befinde.

A verlangt nunmehr von der Firma Google Inc. die Unterlassung, dass bei einer Suche nach seinem Vor- und Zuname fünf konkrete URL in Deutschland angezeigt werden, die zu entsprechenden Berichterstattungen der Presse führen. Zu Recht?

Lösung (OLG Frankfurt vom 6. September 2018, 16 U 193/17)

A hat keinen Anspruch

1. Aus §§ 17 DS GVO

a. Ist grundsätzlich anwendbar, da der Unterlassungsanspruch auf die Zukunft gerichtet ist und deshalb für die Zeit nach Verabschiedung der DS GVO gilt

## b. Sachliche Anwendungsbereich

Es liegt eine **automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten** vor: die Arbeitsweise einer Suchmaschine besteht darin, von Dritten ins Internet gestellte Daten oder dort veröffentlichte Informationen durchsucht Programme zu finden, automatisch zu integrieren, zu speichern und den Internetnutzern in bestimmter Reihenfolge zur Verfügung zu stellen. Dies ist eine Verarbeitung im Sinne des Art. 4 2 DS GV.

Es handelt sich auch um Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen und somit um personenbezogene Daten im Sinne des Art. 4 1 DS GVO.

## c. Räumliche Anwendungsbereich

Die Firma Google Inc. ist in den USA ansässig. Auf sie ist die DS GVO gleichwohl gemäß **Art. 3 Abs. 2 DS GVO** anwendbar. Gemäß Art. 3 Abs. 2 DS GVO Buchstabe a fallen Datenverarbeiter ohne Niederlassung in der Union unter die DS GVO, soweit sie entgeltlich oder unentgeltlich Daten von Personen, die sich in der Union befinden, verarbeiten, wenn die Datenverarbeitung damit in Zusammenhang steht, den betroffenen Personen in der **Union Waren oder Dienstleistungen anzubieten**. Zu den Dienstleistungen gehört auch die Möglichkeit, über einen Suchdienst gezielt nach im Internet vorhandenen Informationen zu suchen und auf diese zurückzugreifen.

d. Anspruch auf Löschung gemäß **Art. 17 Abs. 1 DS GVO**?

Nur dann, wenn

– Die Daten für die Zwecke, für die sie erhoben oder in sonstiger Weise verarbeitet wurden, nicht mehr notwendig sind, Art. 17 Abs. 1 Buchstabe a DS GVO.

Hier: die Daten wurden erhoben, um sie auffindbar zu machen. Der Zweck ist nicht entfallen.

– Verarbeitung der Daten unzulässig nach **Art. 9 Abs. 1 DS GVO (gesundheitliche Daten)?**

Abzuwägen sind das Recht von A auf informationelle Selbstbestimmung und das Recht von Google und der Nutzer der Suchmaschine auf Kommunikationsfreiheit.

Hier: **Informationsinteresse geht vor, da die Angaben über A korrekt waren insbesondere, wenn es sich um einen größeren Verband mit einer großen Anzahl von Mitgliedern handelt.**

**Also: kein Verstoß gegen Art. 9 Abs. 1 DS GVO**

e. Anspruch auf Unterlassung gemäß §§ 823 Abs. 2, 1004 BGB in Verbindung Art. 9 Abs. 1 DS GVO?

Unterlassungsanspruch besteht, wenn Art. 9 Abs. 1 DS GVO eine Schutzvorschrift ist. Dies ist der Fall, da die Vorschrift zum Schutz nicht nur einzelner, sondern der Allgemeinheit erlassen wurde.

Aber: Es liegt kein Verstoß gegen diese Schutzvorschrift vor, siehe oben.

## Fall 11 Schmerzensgeld

K erhält von B am 25.5.2018 per E-Mail eine Anfrage zum Newsletter-Bezug. K verlangt nunmehr von B ein Schmerzensgeld. Zu Recht?

Anspruchsgrundlage: **Art. 82 Abs. 1 DS GVO**, wonach jeder Person, der wegen eines Verstoßes gegen die DS GVO ein materieller oder immaterieller Schaden entstanden ist, ein Schadensersatzanspruch gegen den Verantwortlichen zusteht.

Hier: Verstoß gegen die DS GVO?

Hier: Art. 6 DS GVO?

- Personenbezogene Daten: liegen vor gemäß Art. 4 Ziffer 1 DS GVO
- **Keine Rechtfertigung** u.a. nach Art. 6 Absatz 1a - f DS GVO (**keine Einwilligung, keine Erforderlichkeit für die Erfüllung eines Vertrages, keine Erforderlichkeit für die Verarbeitung zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung, keine lebenswichtigen Interessen, keine Wahrnehmung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse und keine Verarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen**)

Aber: **kein materieller oder immaterieller Schaden**, insbesondere kein Anspruch auf Schmerzensgeld, da allein der Verstoß gegen eine Vorschrift der DS GVO ohne Eintritt einer Schadensfolge nicht zu einer Haftung führt: Hier lag lediglich eine E-Mail vor, durch die kein spürbarer Nachteil entstanden ist, insbesondere keine Beeinträchtigung von einem gewissen Gewicht.

## Fall 12: Klingelschilder

In Wien hat sich ein Mieter über den vom Vermieter angebrachten Namen an seinem Klingelschild beschwert. Daraufhin wurden dort im Ergebnis mehr als 200.000 Klingelschilder entfernt. Zu Recht?

Lösung

Das Ausstatten der Klingelschilder mit Namen für sich genommen stellt **weder eine automatisierte Verarbeitung noch eine tatsächliche oder beabsichtigte Speicherung in Dateisystemen dar**. Insofern ist in entsprechenden Fällen in der Regel gar nicht der Anwendungsbereich der DSGVO nach deren Artikel 2 Absatz 1 eröffnet – **die DS-GVO ist also gar nicht anwendbar**.

Selbst wenn die DSGVO anwendbar wäre, käme als Rechtsgrundlage neben einer Einwilligung auch **Artikel 6 Absatz 1 Buchst. f DSGVO** (Interessenabwägung) als Rechtsgrundlage in Betracht. Der Mieter hätte dann in besonderen Fällen ein Widerspruchsrecht gegen die Verarbeitung nach **Artikel 21 DSGVO**. Die DSGVO bietet verschiedene Rechtsgrundlagen für Datenverarbeitungen, die auch genutzt werden sollten.

## Fall 13: Kehrwoche

Im vorliegenden Fall ist die Mieterin nicht damit einverstanden, dass sie im Reinigungsplan und an der Tür öffentlich benannt und als "Fräulein" bezeichnet wird. Sie verlangt Unterlassung und sieht neben der Beleidigung auch einen Verstoß gegen die DSGVO.

Die Klägerin ist Mieterin einer Wohnung der Beklagten. Im Mietvertrag ist die Klägerin als „Frl.“ aufgeführt. In dem Mehrparteienhaus leben auch der 92-jährige Vermieter und die 89-jährige Vermieterin, die den Turnus der Treppenhausreinigung handschriftlich festhält und im Treppenhaus aushängt.

Auf diesem Putzplan wird die Klägerin namentlich mit dem Zusatz „Frl.“ oder „Fräulein“ samt ihrer Wohnetage aufgeführt. Auch von der Beklagtenseite an der Tür der Klägerin angebrachte, handschriftlich gefertigte Zettel enthielten den Zusatz „Frl.“ oder „Fräulein“.

Den mehrfachen Bitten der Klägerin, die öffentliche Benennung ihrer Person sowie Zusätze der Etage und des (veralteten) Familienstands zu unterlassen, wurde nicht nachgekommen. Die Klägerin erhob deshalb Klage auf Unterlassung.

## Lösung

**1. Außerhalb der DS-GVO: §§ 1004, 823 Abs. I BGB** – Verletzung des Persönlichkeitsrechts der K als sonstiges Recht?

Das Amtsgericht Frankfurt am Main hat die Klage abgewiesen. In der konkreten Verwendung des Zusatzes „Frl.“/„Fräulein“ in Bezug auf die Klägerin ist **keine Beleidigung** zu sehen.

Das Gebaren der Vermieter sei nicht ehrverletzend und verletze nicht das Persönlichkeitsrecht der Klägerin. Der Begriff Fräulein als Bezeichnung einer unverheirateten Frau sei zwar in Ermangelung eines äquivalenten, latent verniedlichenden Begriffs für unverheiratete Männer bereits im Jahr 1972 aus öffentlichen Registern abgeschafft worden. International sei jedoch keine einheitliche Bewertung der Anredeform als herabsetzend festzustellen.

So gebe es zwar in Frankreich gegenwärtig eine aktuelle Protestbewegung gegen die Bezeichnung als „Mademoiselle“, demgegenüber werde die Anrede „Miss“ in Großbritannien aber nicht als problematisch empfunden. Auch in Deutschland habe es sogar nach der Jahrtausendwende noch eine moderne Frauenzeitschrift mit dem Titel „Fräulein“ gegeben.

## **Das hohe Alter der Vermieter sei zu berücksichtigen**

Auch sei das hohe Alter der Beklagten zu berücksichtigen, die 1972, also bei offizieller Abschaffung des Namenszusatzes, bereits in ihren mittleren Jahren gewesen seien und den Begriff des Fräuleins als regulären Namenszusatz erlernt und beibehalten habe.

Der Klägerin sei auch vorzuhalten, dass sie die Verwendung der Bezeichnung noch im Mietvertrag von 1984 nicht beanstandet habe, **also Verletzung des Persönlichkeitsrechts wegen Einverständnisses nicht rechtswidrig.**

Das Verhalten der Vermieter sei in der Gesamtschau dieser Umstände allenfalls unfreundlich und von mangelnder Kompromissbereitschaft geprägt.

## **2. DSGVO ist sachlich nicht einschlägig**

Die Klägerin könne sich wegen der Aushänge im Treppenflur auch nicht auf einen Unterlassungsanspruch (§§ 1004, 823 Abs. 2 BGB, Art. 6 DS-GVO) nach der Datenschutzgrundverordnung berufen. Die DS-GVO sei wohl Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB, **erfasse aber nur die automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten bzw. nicht automatisierte Verarbeitung und deren Speicherung in einem Dateisystem.**

Die Daten der Klägerin, die im Treppenhaus ausgelesen werden könnten, würden in Anbetracht des handschriftlich erstellten Putzplanes und des hohen Alters der Beklagten offensichtlich weder ganz noch teilweise automatisiert verarbeitet. Eine Speicherung der Daten in einem Dateisystem sei ebenfalls nicht ersichtlich.

Die Aufstellung des Putzplanes sei im nachbarschaftlichen Bereich eines gemeinsam genutzten Mehrparteienhaus auch ohne eine solche Speicherung durchführbar.

**Gericht:**

Amtsgericht Frankfurt am Main, Urteil vom 27.06.2019 - 29 C 1220/19 (46)

## **Fall 14: Internet-Bewertungsportal**

A betreibt ein Portal zur Arztsuche und Arztbewertung, in dem Internetnutzer kostenfrei Informationen, die A vorliegen, abrufen können. Zu diesen abrufbaren Daten zählen unter anderem Name, Fachrichtung, Praxisanschrift, Kontaktdaten und Sprechzeiten sowie Bewertungen des Arztes durch andere Portalnutzer. Die Abgabe einer Bewertung in Form von Freitext-Kommentaren erfordert eine vorherige Registrierung. Der bewertungswillige Nutzer hat hierzu eine E-Mail-Adresse anzugeben.

B ist niedergelassener Facharzt für Innere Medizin. Er ist in dem genannten Portal mit seinem akademischen Grad, seinem Namen, seiner Fachrichtung und der Anschrift seiner Praxis verzeichnet und wurde bereits mehrfach bewertet. B hält dies für einen Verstoß gegen seine Persönlichkeitsrechte und möchte gegen die Veröffentlichung seiner Daten auf der genannten Internetseite vorgehen und sein Profil vollständig löschen lassen.

Auf welche Rechte kann sich B mit Erfolg berufen?

## A. Recht auf Widerspruch gemäß Art. 21 Abs. 1 DS – GVO?

Wäre gegeben, wenn die Verarbeitung zur Aufgabenerfüllung gemäß Art. 6 Abs. 1 Buchstabe e DS-GVO oder auf der Grundlage einer Interessenabwägung gemäß Art. 6 Abs. 1 Buchstabe f DS-GVO erfolgt.

- Verarbeitung Art. 6 Abs. 1 Buchstabe f DS – GVO (Verarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten) liegt vor.

– Anhaltspunkte für eine atypische Konstellation bestehen nicht, insbesondere keine Gründe, die dem A bei einer pauschalierten Abwägung, ob die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 1 Buchstabe f DS G-GVO vorliegen, nicht bekannt gewesen wären.

Teilergebnis: kein Recht auf Widerspruch (-)

## B. Recht auf Löschung der Daten gemäß Art. 17 Buchstabe d DS-GVO (unrechtmäßige Verarbeitung)?

Voraussetzung wäre, dass die Verarbeitung rechtswidrig ist

– Es liegen personenbezogene Daten gemäß Art. 4 Nummer 1 DS-GVO vor, nämlich Name, Fachrichtung, Praxisanschrift, Kontaktdaten usw. weisen Personenbezug auf, ebenso die Bewertungen des B durch die Portalnutzer.

– Problem: Verarbeitung rechtmäßig gemäß Art. 6 Abs. 1 Buchstabe f DS – GVO?

Rechtmäßigkeit ist gegeben, wenn die Verarbeitung für die berechtigten Interesse des A erforderlich ist und kein überwiegendes schutzwürdiges Ausschlussinteresse des B besteht

Berechtigtes Interesse des A an Information der Öffentlichkeit über ärztliche Qualitäten besteht, hier wird auch eine Plattform als angemessen zu beurteilen sein.

Schutzwürdigkeit der Interessen des B an Unterbleiben der Veröffentlichung:  
Pro B:

- Bewertung durch medizinisch unkundige Laien
- möglicherweise erhebliche Auswirkungen der Bewertungen auf den sozialen und beruflichen Geltungsanspruch des B sowie auch die wirtschaftliche Entwicklung seines Praxisbetriebes
- möglicherweise berufliche Existenzgefährdung
- erhebliche Breitenwirkung
- Missbrauchsgefahr, Mehrfachbewertungen, Ausnutzung der Anonymität

Contra B:

- vorliegend keine schwerwiegenden Auswirkungen auf die Rechte des B ersichtlich
- Beseitigungsverlangen bei konkreten Anfeindungen möglich
- erhebliches öffentliches Interesse an Informationen über ärztliche Dienstleistungen
- Erforderlichkeit der Anonymität der Portalteilnehmer wegen der Veröffentlichung sensibler Gesundheitsinformationen

Ergebnis: kein Lösungsanspruch gemäß Art. 17 Absatz 1 DS – GVO (andere Ansicht vertretbar)

## **Fall 15: Google Spain**

Der Spanier A wendet sich gegen das US-amerikanische Unternehmen Google Inc. wegen einer seiner Ansicht nach unzulässigen Verlinkung auf einen Zeitschriftenbeitrag, der über die finanziellen Verhältnisse des A in der Vergangenheit berichtet. A ist der Auffassung, dass die Google Inc. mit ihrer Tochtergesellschaft Google Spain SL in Spanien eine Niederlassung unterhalten, die im Bereich des Verkaufs von online-Werbeflächen tätig sei. Daher gelte europäisches Datenschutzrecht. Zu Recht?

## Lösung

Bei den Angaben über die finanziellen Verhältnisse des A in der Vergangenheit handelt es sich um personenbezogene Daten.

Die Verlinkung stellt auch eine Verarbeitung im Sinne von Art. 6 DS-GVO dar. Eine Einwilligung gemäß Art. 6 Absatz 1a DS – GVO liegt nicht vor.

Auch ein Ausnahmetatbestand des Artikel 6 DS-GVO ist nicht gegeben.

1. Problem: Die Google Inc. hat ihre Niederlassung in Amerika, so dass die DS-GVO grundsätzlich für sie nicht gilt.

Aber: Art. 3 DS-GVO– räumlicher Anwendungsbereich – wäre auch dann auf Google anwendbar, wenn es sich bei Google Spain SL um eine Niederlassung handeln würde.

Auffassung A: (-), d. h. DS-GVO ist nicht anwendbar, da die Anzeige der Verlinkung durch die Google Inc. keine Tätigkeit darstellt, die im Rahmen der Tätigkeiten der Google Spain erfolgt.

Andere Auffassung: (+) Bei Google Spain handelt es sich um eine Niederlassung von Google Inc. Es reicht aus, dass Google Spain lediglich mit der betreffenden Vereinbarung, die durch die Google Inc. ausgeführt wird, wirtschaftlich verknüpft ist. Diese Verknüpfung ist dadurch gegeben, dass Google Spain Werbeflächen vermarktet, wodurch Google Inc. rentabel gemacht werden soll.

## 2. Problem

Art. 3 Abs. 2 DS-GVO lautet:

Diese Verordnung findet Anwendung auf die Verarbeitung personenbezogener Daten von betroffenen Personen, die sich in der Union befinden, durch einen nicht in der Union niedergelassen Verantwortlichen oder Auftraggeber, wenn die Datenverarbeitung im Zusammenhang damit steht, betroffenen Personen in der Union Waren oder Dienstleistungen anzubieten.

Der Verkauf von Werbefläche durch Google Spam erfolgt auch zumindest mittelbar für die Unterbreitung von Angeboten an A.

Ergebnis: die DS-GVO ist anwendbar.

## Telemediengesetz, TMG

Geltungsbereich: Telemedien, **§ 1 TMG**:

**Elektronische Informations- und Kommunikationsdienste**

**Nicht** Telekommunikation (TKG, Telefon))

**Nicht** Radio und Fernsehen  
(Rundfunkstaatsvertrag)

Dienstanbieter und andere  
Begriffe, **§ 2 TMG**

Zulassungsfrei, **§ 4 TMG**

Herkunftslandprinzip, **§ 3 TMG**

**Allgemeine** Info-Pflicht, Impressumspflicht **§ 5 TMG** (Erster wesentlicher Regelungsinhalt)

**Besondere** Info-Pflicht, **§ 6 TMG**

Eigenverantwortung, **§ 7 TMG und § 10 a TMG (neu)**

Durchleiten von Informationen, **§ 8 TMG**

Zwischenspeicherung von Informationen, **§ 9 TMG**

Speicherung von Informationen, **§ 10 TMG**

Datenschutz, **§§ 11 – 15 a TMG**

## V. Telemediengesetz – Anwendungsbereich und Regelungen

**Geltungsbereich:** Telemedien sind elektronische Informations- und Kommunikationsdienste. **Abzugrenzen sind sie von der Telekommunikation und dem Rundfunk.**

**Telekommunikation (Telefon, Telefax)** bezieht sich auf den technischen **Vorgang der Kommunikation** und ist im **TKG** geregelt:

**§ 3 TKG:** Telekommunikation ist der technische Vorgang des Aussenders, Übermittlers und Empfängers von Signalen mittels Telekommunikationsanlagen **ohne Inhalt**, z.B. **Telefon**

**Rundfunk** ist ein zum zeitgleichen **Empfang gemäß einem Sendeplan** an die Allgemeinheit gerichteter linearer Informations – und Kommunikationsdienst (**§ 1 Telemediengesetz**)

**Dies bedeutet:**

Telemedien ist ein Rechtsbegriff für elektronische Informations – und Kommunikationsdienste. **Dazu gehören sämtliche Angebote im Internet, zum Beispiel Webshops, online - Auktionshäuser, Suchmaschinen, Webmaildienste, Informationsdienste (Wetter, Verkehrshinweise), Podcasts, Chatrooms, Dating Communities und Webportale die nicht nur den Transport von Daten, sondern auch Inhalte enthalten.** Auch private Websites und Blogs gelten als Telemedien. Umgangssprachlich wird das Gesetz deshalb auch **Internetgesetz** genannt.

Dazu sind **folgende Definitionen** erforderlich, **§ 2 TMG, Begriffsbestimmungen**:

1. **Diensteanbieter** jede natürliche oder juristische Person, die eigene oder fremde Telemedien zur Nutzung bereithält oder den Zugang zur Nutzung vermittelt (nicht unbedingt geschäftsmäßig oder gewerblich).

2. **Niedergelassene Diensteanbieter** jeder Anbieter, der mittels einer festen Einrichtung auf unbestimmte Zeit Telemedien geschäftsmäßig anbietet oder erbringt

2a. **Drahtloses lokales Netzwerk** ist ein Drahtloszugangssystem mit geringer Leistung und geringer Reichweite sowie mit geringem Störungsrisiko für andere Nutzer

3. **Nutzer** jede natürliche oder juristische Person, die Telemedien nutzt, insbesondere um Informationen zu erlangen oder zugänglich zu machen

4. **Verteilerdienste** Telemedien, die im Wege einer Übertragung von Daten ohne individuelle Anforderung gleichzeitig für eine unbegrenzte Anzahl von Nutzern erbracht werden.

5. **Kommerzielle Kommunikation** jede Form der Kommunikation, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren, Dienstleistungen oder des Erscheinungsbildes eines Unternehmens ... dient

Beispiel:

Die Studentin S veröffentlicht hin und wieder einen Podcast über ihren Uni-Alltag. Handelt sich dabei um ein Telemedium?

Lösung:

Telemedien sind gemäß **§ 1 Abs. 1 Satz 1 TMG** alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, **die weder Telekommunikationsdienste noch Rundfunk** sind. Der Podcast von S steht jedermann **zum individuellen Abruf** zur Verfügung. Sie betreibt **keinen linearen Informations – und Kommunikationsdienste**, der entlang eines Sendeplans Angebote zum zeitgleichen Empfang durch die Allgemeinheit bereithält, so dass es sich bei dem Podcast **nicht um Rundfunk** im Sinne des Rundfunkstaatsvertrages handelt. Ein **Telekommunikationsdienst liegt ebenfalls nicht vor**, da das Angebot von S nicht allein in der Übertragung von Signalen über ein Telekommunikationsnetz besteht.

**Folge: Telemedium (+)**

Weiteres Beispiel:

Die R-AG bietet ihren Kunden ausschließlich Sprachtelefonie über das Internet-Protokoll (Protocol, Voice-over-IP) an. Ist das TMG hier anwendbar?

Lösung

Der Voice-over-IP-Dienst der R-AG ist **kein Telemedium im Sinne des § 1 TMG, wenn es sich ausschließlich um einen Telekommunikationsdienst handelt**. Die Internet-Telefonie unterscheidet sich nicht wesentlich von der Telefonie über das herkömmliche leitungsgebundene Telefonnetz. Es handelt sich um ein reines Telekommunikationsangebot, wobei die Signale über das Telekommunikationsnetz Internet übertragen werden. **Die R-AG bietet keine Inhalte an, ihr Dienst beschränkt sich auf die technische Transportleistung**. Der Voice-Over-IP-Dienst der R-AG ist damit kein Telemedium, so dass das **TMG keine Anwendung findet**.

## 2. Herkunftslandprinzip, § 3 TMG

Beispiel:

Die in Potsdam lebende und tätige online-Händlerin H bietet ihre Waren zum Verkauf an. Der Webserver befindet sich in den USA. Ist deutsches Recht anwendbar?

Lösung

Nach dem sogenannten **Herkunftslandprinzip unterliegen in Deutschland niedergelassenen Dienstleister deutschem Recht, § 3 Abs. 1 TMG**. Da H in Deutschland lebt, ist das TMG sachlich anwendbar (**sogenanntes Sitzland, § 2a Abs. 1 TMG**). **Der Standort des Webserver allein begründet keine Niederlassung, § 2 Satz 1 Nr. 2 BTMG** („Standort der technischen Einrichtung“)

### 3. Zulassungsfreiheit, § 4 TMG

Beispiel:

Ein weiterer Student S möchte einen Blog einrichten und darin über seinen Alltag berichten. Benötigt er hierfür eine Zulassung?

Lösung

S hält wohl als Diensteanbieter im Sinne des **§ 2 S 1 TMG** eigene Telemedien zur Nutzung bereit. **Im Gegensatz zum Rundfunk** unterliegen Telemedien allerdings gemäß **§ 4 TMG keiner besonderen Zulassungs- und Anmeldepflicht**. S benötigt deshalb für sein Angebot keine Zulassung.

Unklarheiten über die Zulassungsfreiheit können übrigens über **§ 20 Abs. 2 Rundfunkstaatsvertrag** bei der Landesmedienanstalt geklärt werden.

## Nochmals Anwendbarkeit

Beispiel: In der **Mediathek der öffentlich-rechtlichen Fernsehanstalt F** können die in der Vorwoche im Fernsehen ausgestrahlten Serienfolgen als **On-Demand-Angebot** abgerufen werden. Handelt es sich hierbei um ein Telemedium?

## Lösung

Die Frage ist, ob es sich bei der in der Mediathek angebotenen Serienfolge um **Rundfunk oder um ein Telemedium** handelt. Rundfunk ist (siehe oben) gemäß **§ 2 Rundfunkstaatsvertrag ein linearer Informations- und Kommunikationsdienst mit Inhalten**, die **nach einem zuvor festgelegten Sendeplan in zeitlich geordnete Abfolge verbreitet werden, was bei der Mediathek nicht der Fall ist.**

Bei der Mediathek können die Angebote zu einem vom Nutzer **frei bestimmbar**en **Zeitpunkt abgerufen** werden. Der Telemediendienst der F ist deshalb ein **audiovisueller Videodienst auf Abruf** im Sinne des **§ 2 Abs. 1 Nr. 6 TMG**.

#### 4. **Erster** wesentlicher Regelungsinhalt: **§ 5 TMG, Allgemeine Informationspflichten (Impressumpflicht)**

**Diensteanbieter** (siehe oben **§ 2 TMG**) haben für **geschäftsmäßige (??!!)**, in der Regel gegen Entgelt (**??!** - **muss aber nicht sein, mehr als einmal – also auf Wiederholung angelegte Tätigkeit - genügt schon**) angebotene Telemedien folgende Informationen leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar zu halten:

1. Name und Anschrift, Niederlassung, Rechtsform und ähnliches
2. Angaben zur schnellen elektronischen Kontaktaufnahme einschließlich der Adresse der elektronischen Post
3. Sofern es sich um eine Tätigkeit mit behördlicher Zulassung handelt, die zuständige Aufsichtsbehörde
4. Handelsregister, Vereinsregister, Partnerschaftsregister und ähnliches
5. Bei der Ausübung zahlreicher Berufe die Abschlüsse, die Kammer, der die Diensteanbieter angehören, die gesetzliche Berufsbezeichnung und Ähnliches
6. Die Umsatzsteuer-Identifikationsnummer nach **§ 27 a des UStG**

## Geschäftsmäßigkeit

Der Begriff der Geschäftsmäßigkeit ist

- weiter als die gewerbliche Tätigkeit, da keine Gewinnerzielungsabsicht erforderlich ist, sondern es muss sich um eine
- nachhaltige Tätigkeit, nicht nur gelegentliche, planmäßige und dauerhafte Betätigung handeln.

Darunter fallen klassische Websites, Blogs, Twitter-Accounts, YouTube-Kanäle und Webshops. Der Dienst muss auch „in der Regel gegen Entgelt“ angeboten werden“. Das ist nicht nur der Fall, wenn die Nutzung der Website kostenpflichtig ist, sondern auch bei werbenden Firmenseiten und der Nutzung von Social-Media zu Marketing Zwecken. Es lässt sich der Grundsatz aufstellen: Nicht nur die Kostenpflichtigkeit der Nutzung selbst führt dazu, dass der Dienst als entgeltlich einzustufen ist, sondern auch wenn der Dienst darauf ausgerichtet ist, die eigene oder fremde Wirtschaftstätigkeit zu fördern.

## Rein private Angebote

Rein private Angebote sind regelmäßig nicht vom Anwendungsbereich erfasst, ebenso wenig rein informierende Angebote. Auch wenn Dienste nur einmalig und kurzfristig angeboten werden, sind sie von der Vorschrift schon nicht erfasst. Ergänzend ist **§ 55 RstV (Rundfunkstaatsvertrag)** zu beachten, der Online Dienste, die journalistisch-redaktionell gestaltet sind, der Impressumspflicht unterstellt. Aber auch hier sind Medien, die „ausschließlich persönlichen oder familiären Zwecken dienen“, ausgenommen. Private Fotoblogs, Reiseblogs oder ähnliches sind demnach von der Impressumspflicht befreit.

Die Rechtsprechung ist allerdings in der Beurteilung eines privaten Online-Angebotes sehr streng und beurteilt einen Fotoblog, der **einen Werbebanner** enthält bereits als **geschäftsmäßig**, unabhängig von der Höhe der generierten Einnahmen. Schwierig ist auch die Abgrenzung, wann ein Blogger bereits „journalistisch-redaktionell“ tätig ist, sodass in diesen beiden Bereichen immer eine Einzelfallprüfung und kompetente Beratung zu empfehlen ist.

Beispiel:

**J betreibt** auf der **Internet Verkaufsplattform der B-AG** ein individuell gestaltetes Anbieter-Profil, über das er **gewerblich Taschen** verkauft. In seinem Impressum ist statt seines richtigen Namens nur ein Pseudonym zu finden. Da er seine Adresse nicht preisgeben möchte, gibt er seine Postfach-Adresse an. Kommt J seiner Informationspflicht nach?

Lösung

- Durch das Anbieten von Taschen über ein Internetportal unterhält J einen Internetauftritt, der von Interessenten gezielt angesteuert werden kann. **Er betreibt einen vollständig eigenständig gestaltetes Telemedium und ist diesbezüglich Dienstanbieter ( § 2 Satz 1 Nummer 1 TMG).**
- **Geschäftsmäßig? Unproblematisch, da auf Dauer und gegen Entgelt, § 5 Abs. 1 Satz 1 TMG**

ebenso wie die B-AG.

**Ergebnis: J ist deshalb impressumspflichtig.**

**Eine Ausnahme gemäß § 13 Abs. 6 TMG (alleinige Nutzung von Telemedien anonym oder unter Pseudonym) liegt nicht vor, da J nicht nur Nutzer, sondern gleichzeitig auch Anbieter ist.**

Weiteres Beispiel:

Um der Impressumspflicht aus dem Weg zu gehen, beschließt J, die Taschen **nur noch offline** in seinen Geschäftsräumen zu verkaufen. **Er nutzt allerdings weiterhin eine Verkaufsplattform und wirbt dort für die Taschen,** bietet jedoch nicht die Möglichkeit an, diese online zu erwerben. Ist er weiterhin impressumspflichtig?

Lösung: J ist **Dienstleister** und handelt **geschäftsmäßig (siehe oben)**, so dass er den allgemeinen Informationspflichten nach **§ 5 Abs. 1 TMG** unterliegt. **Es ist nicht erforderlich, dass J die Taschen auch online verkauft.**

Weiteres Beispiel zur **geschäftsmäßigen Tätigkeit, § 5 TMG**

K möchte **einen ihr zu groß gewordenen Wintermantel** in einem Internet-Auktionshaus unter einem Pseudonym anbieten. Hierfür hat sie sich extra einen Account eingerichtet und eine individuelle Angebotsseite gestaltet. Nach dem erfolgreichen Verkauf des Mantels löscht sie ihre Daten. Ist sie **impressumspflichtig**?

Lösung

Die Verpflichtung, ein Impressum zu veröffentlichen, erfordert nach **§ 5 Abs. 1 TMG** ein **geschäftsmäßiges Angebot** von Telemedien. **Geschäftsmäßiges Handeln** setzt ähnlich wie **gewerbliches Handeln eine gewisse Dauerhaftigkeit** voraus, **was – wie vorliegend – in einem Einzelfall nicht gegeben ist. Die Informationspflichten gemäß § 5 TMG bestehen deshalb nicht.**

Weiteres Beispiel für Impressumspflicht

A erstellt eine Webseite mit einem **privaten Fotoalbum**. Der Zugriff ist mit einem Passwort geschützt, weshalb die Bilder nur von seiner Familie und engen Freunden angesehen werden können. Ist er verpflichtet, ein Impressum zu erstellen?

Lösung

Die Tätigkeit des A **ist nicht geschäftsmäßig**, und zwar weder auf eine gewisse Dauer angelegt noch gegen Entgelt.

## Zum Umfang der Impressumspflicht

D vertreibt über einen online-Shop Süßwaren. Ihr Impressum enthält ihre Postanschrift, E-Mail-Adresse sowie eine 0900er Nummer mit den für einen Anruf anfallenden Kosten in Höhe von 0,49 €/Minute aus dem Festnetz und 2,99 €/Minute aus dem Mobilfunknetz. Genügt sie mit diesen Angaben ihrer Informationspflicht?

Lösung

Gemäß **§ 5 Abs. 1 Nr. 2 TMG** sind bei **geschäftsmäßigen, in der Regel entgeltlichen Telemedien-Diensten** Angaben zu machen, die

- eine **schnelle elektronische Kontaktaufnahme und**
- **unmittelbare Kommunikation ermöglichen.**

Hierzu genügt es nicht, dass lediglich die E-Mail-Adresse zur Verfügung gestellt wird. Für eine schnelle Kontaktaufnahme müssen weitere Informationen zur Verfügung gestellt werden. Hierzu reicht die Angabe einer **Telefonnummer**, wie im vorliegenden Fall auch erfolgt.

Auch kann die Anwahl dieser Telefonnummer kostenpflichtig sein. **Fallen aber bei der telefonischen Kontaktaufnahme Kosten an, die bei einem normalen Telefonanruf nicht entstehen würden, fehlt es an einer effizienten Kommunikation.**

Besondere Informationspflichten sind bei **kommerziellen Kommunikationen** gegeben (§ 6 TMG, siehe auch **oben § 2 Nr. 5 – Definition für kommerzielle Kommunikation**):

ist gemäß § 2 Nr. 5 des Telemediengesetzes jede Form der Kommunikation in Telemedien, die der direkten oder indirekten Förderung des Absatzes von Waren, Dienstleistungen oder des Erscheinungsbilds eines Unternehmens, einer sonstigen Organisation oder einer natürlichen Person dient, die eine Tätigkeit im Handel, Gewerbe oder Handwerk oder einen freien Beruf ausübt.

Beispiel: Die X – AG verbreitet ihre Werbung per E-Mail. Damit diese Mails auch geöffnet werden, lässt sie diese als persönliche Mitteilung eines Freundes oder Bekannten erscheinen. Muss sie eventuell mit einer Geldbuße rechnen?

Lösung

Gemäß **§ 6 Abs. 2 Satz 1 TMG** darf der kommerzielle Charakter einer Nachricht nicht verschleiert oder verheimlicht werden. Ein Verschleiern oder Verheimlichen liegt dann vor, wenn die Kopf- und Betreffzeile absichtlich so gestaltet sind, dass der Empfänger vor Einsichtnahme in den Inhalt der Kommunikation keine oder irreführende Informationen über die tatsächlichen Identität des Absenders oder den kommerziellen Charakter der Nachricht erhält (**§ 6 Abs. 2 Satz 2 TMG**).

Folge: Mögliches Bußgeld gemäß **§ 16 Abs. 3 TMG**

## 5. Zweiter wesentlicher Regelungsgehalt: Verantwortlichkeit

Allgemeine Grundsätze, **§ 7 TMG**

- **Eigenverantwortlichkeit nur bei eigenen Informationen**, die zur Nutzung bereitgehalten werden
- **Keine Verantwortlichkeit bei durchlaufenden Informationen**, insbesondere keine Überprüfungspflicht, **§ 8 TMG**
- **Verpflichtungen zur Entfernung** von Informationen oder zur Sperrung nur aufgrund von gerichtlichen oder behördlichen Anordnungen
- **Insbesondere: keine Verantwortlichkeit bei der Zwischenspeicherung** zur beschleunigten Übermittlung von fremden Informationen, **§ 9 TMG**
- Ebenso keine Verantwortung für die Speicherung von fremden Informationen, **sofern die Diensteanbieter keine Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung** haben oder unverzüglich nach Kenntnis zur Entfernung tätig wird, **§ 10 TMG**.

## Beispielsfall: Fotografen-Fotos

M betreibt eine Webseite, auf der sie regelmäßig Fotos veröffentlicht. Nachdem sie dort ein von der Fotografin K angefertigtes Foto einstellt, nimmt diese sie wegen Urheberrechtsverletzung auf Schadenersatz in Anspruch. M meint, sie sei als Anbieterin von Telemedien nur eingeschränkt haftbar. Stimmt das?

Lösung

Gemäß **§ 7 Absatz 1 TMG** richtet sich die **Verantwortlichkeit von Diensteanbietern** für zur Nutzung bereitgehaltene **eigene Informationen nach den allgemeinen Gesetzen**. Informationen sind dabei sämtliche Inhalte, die im Rahmen des Dienstes übermittelt oder gespeichert werden, somit auch die von veröffentlichten Fotos. **Hier: es liegen eigene Informationen vor, da M die Fotos selbst veröffentlicht hat.** Eine Haftungsprivilegierung gemäß **§§ 8-10 TMG** besteht nicht. Deshalb grundsätzlich: Haftung gemäß **§§ 97,19 a Urhebergesetz** ohne weiteres denkbar.

## Weiteres Beispiel: Persönlichkeitsverletzung

Student S betreibt eine private Internetseite, auf der er über seine Erlebnisse als Student der Medienwissenschaften berichtet. Einigen Bekannten gestattet er, dort eigene Beiträge einzustellen. Kommilitone R nutzt diese Möglichkeit und veröffentlicht einen Artikel mit persönlichkeitsrechtsverletzenden und beleidigenden Behauptungen über Universitätsprofessor U. Für den Leser ist nicht erkennbar, dass dieser Beitrag nicht von S stammt.

Stehen U zivilrechtliche und strafrechtliche Ansprüche gegenüber S – nicht R - zu? Ist S für den Beitrag des R verantwortlich?

### Lösung

**Schadenersatzansprüche: 823 I, BGB:** sonstiges Recht – Persönlichkeitsrecht – vorsätzlich/fahrlässig – rechtswidrig (= nicht gerechtfertigt) und/oder

**§ 823 II BGB – Verletzung eines Schutzgesetzes – StGB/TMG –** vorsätzlich/fahrlässig – rechtswidrig? und/oder

Unterlassungsansprüche, **§ 1004, 823 BGB?**

### a. Ohne Berücksichtigung des TMG:

Das **Persönlichkeitsrecht des U** (sonstiges Recht im Sinne des **§ 823 Abs. 1 BGB**) wurde verletzt. Dies geschah auch vorsätzlich und ohne Rechtfertigung, also rechtswidrig.

Problem: handelt es sich um eine **vorsätzliche oder zumindest fahrlässige Handlung des S**, ist also die Handlung des R dem S zuzurechnen?

Dies wird man so sagen müssen, da die Äußerungen des R nach außen hin als Äußerungen des S erscheinen.

### b. Mit Berücksichtigung des TMG

Als Diensteanbieter ist S nach **§ 7 Abs. 1 TMG für eigene Informationen** nach den allgemeinen Gesetzen verantwortlich. Der Artikel von R stammt nicht von S. Er ist allerdings als eigener Artikel von S einzustufen, **wenn S sich diesen Artikel zu eigen gemacht hat**. Es kommt auf die Einzelumstände an. Vorliegend kann der Besucher nur **davon ausgehen, dass der Artikel von S stammt**, so dass er sich den Artikel zu eigen gemacht hat, also ist er für den Artikel verantwortlich ist, er haftet sowohl zivilrechtlich neben **§ 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts als sonstiges Recht** (s.o.) auch aus **§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 7 TMG als Schutzgesetz als** auch strafrechtlich - **§ 185 StGB** - dafür.

## Anspruch auf

### I. Schadensersatz

1. **§ 823 Abs. 1 BGB**: sonstiges Recht – Persönlichkeitsrecht

Problem: vorsätzlich oder fahrlässig? – S hat U nicht verunglimpft.

Aber: Handlung des R ist dem S aus Sicht des Nutzers zuzurechnen.

Folge: Fahrlässiges Handeln des S.

2. **§ 823 Abs. 2 BGB**: Verletzung des Schutzgesetzes

TMG ist Schutzgesetz, ebenso StGB (hier: **§ 185 StGB - Beleidigung**)

Vorsatz und Fahrlässigkeit wie oben

Folge: wie oben

### II. Unterlassung

**§§ 1004, 823 BGB**

unproblematisch

## Weiteres Beispiel: Der Klodeckel im Waschbecken

Die **A-AG** betreibt ein als solches auch erkennbares Hotelbewertungsportal. Bewertungen **werden ungeprüft** veröffentlicht und sind für die Besucher **nicht** als Nutzerbewertungen erkennbar. **M veröffentlicht dort eine anonyme Bewertung**. Er schreibt, er habe **im H-Hotel** im Bad seines Zimmers den Klodeckel zertrümmert im Waschbecken gefunden. H ist der Ansicht, die A-AG habe sich diesen Inhalt zu eigen gemacht und haftet nach den allgemeinen Gesetzen.

### Lösung

Vorliegend beschränkt sich die Leistung der A-AG auf die Zurverfügungstellung des Bewertungsportals, **was auch erkennbar ist, da es sich um Bewertungsportal handelt, das keine eigene Meinung des Betreibers veröffentlicht**. Die von den Nutzern hochgeladenen Inhalte werden redaktionell weder auf Richtigkeit noch auf Vollständigkeit überprüft, sodass die A-AG sich diese Informationen nicht zu eigen macht. **Folglich haftet sie auch nicht dafür, § 8 TMG – Durchleiten von Informationen**

## Weiteres Beispiel: Das Personal ist überfordert

K betreibt ein Portal zur Bewertung von Krankenhäusern. Patientin P verfasst einen nicht der Wahrheit entsprechenden **Erfahrungsbericht über die H-Klinik**, den sie in das Bewertungsportal stellt. Darin schreibt sie unter anderem: „Bei einem Standardeingriff kam es zu einer Komplikation. **Das Personal war überfordert**. Der zuständige Arzt streitet jede Verantwortung ab.“ Die H-Klinik, eine GmbH, fordert K zur Entfernung der Bewertung auf, woraufhin diese – also K – den ersten Satz der Bewertung ohne Rücksprache mit P in folgenden Satz umändert: „Bei einem Standardeingriff kam es wegen meiner besonderen Konstitution zu Komplikationen“. **Die H-Klinik besteht gegenüber K weiterhin auf Entfernung des Beitrags und verlangt Unterlassung**. Zu Recht?

### Lösung

Anspruchsgrundlage ist eventuell **§ 1004 Abs. 1 BGB, §§ 823 BGB**-Verletzung des Persönlichkeitsrechts als sogenanntes sonstiges Recht. **Die Frage ist schon, ob sich ein Krankenhaus als GmbH und somit als juristische Person auf dieses Persönlichkeitsrecht berufen kann. Dies wird dann bejaht, wenn eine juristische Person in ihrem sozialen Geltungsanspruch betroffen ist. Dies ist vorliegend der Fall.**

## Lösung

K ist aber für diesen Erfahrungsbericht der P nur verantwortlich, wenn sie sich diesen zu eigen gemacht hat, wobei es – wie oben – auf die Sicht des objektiven Beobachters ankommt.

Vorliegend muss man das annehmen, da K nach der Beanstandung den Satz geändert hat und somit die Rolle eines neutralen Vermittlers verlässt. Mit diesem Vorgang macht sie sich die Bewertung der P zu eigen, §§ 8 Abs. 1 Ziffer 3, 7 TMG.

Die Äußerung ist auch rechtswidrig, da sie nicht gerechtfertigt ist. Die **Wiederholungsgefahr (benötigt man für zukünftige Ansprüche)** kann man vermuten, so dass ein Unterlassungsanspruch gemäß **§ 1004 Abs. 1 BGB, § 823 I BGB** besteht

## Weiterer Beispielfall: Access-Provider

Die **B-AG** vermittelt **als Access-Provider rein technisch** den Zugang zum Internet. Ihr **Kunde K verletzt Urheberrechte (zum Beispiel durch Veröffentlichung eines durch Urheberrechte geschützten Bildes) über den von ihr vermittelten Zugang**. Der in seinen Rechten verletzte Urheber möchte die B-AG **auf Schadenersatz** in Anspruch nehmen. Ist dies möglich?

Lösung

Schadenersatzansprüche denkbar nach **§ 823 Abs. 1/Abs. 2 in Verbindung mit einem Schutzgesetz (zum Beispiel des Urheberrechtsgesetzes)?**

Die vorsätzliche **Verletzung des Rechtsguts nach dem Urhebergesetz durch K sowie ein entstandener Schaden können für die weitere Betrachtung unterstellt werden.**

Problem: Ist die B-AG für die Handlung des Kunden K verantwortlich?

Es liegen die Voraussetzungen des **§ 8 Abs. 1 Satz eins TMG** vor, B vermittelt als Access-Provider **lediglich den Zugang** zur Internetnutzung und ist für fremde Informationen, zu denen sie den Zugang zur Nutzung vermittelt, **nicht verantwortlich, sofern sie die Übermittlung nicht veranlasst, den Adressaten der übermittelten Informationen nicht ausgewählt und die übermittelten Informationen nicht ausgewählt oder verändert hat.**

Die Tätigkeit der B-AG beschränkt sich ausschließlich auf den technischen Vorgang der automatischen Zugangsvermittlung zum Internet, es besteht kein Einfluss auf die vom Nutzer eingestellten Inhalte, so dass auch **kein Schadensersatzanspruch wegen einer Urheberrechtsverletzung** vorliegt.

## Beispiel: Host-Provider

A verfasst innerhalb des **Internetportals der L-AG** einen erfundenen und rufschädigenden Beitrag über den **Handwerker B**. Dieser erleidet daraufhin erhebliche Umsatzeinbußen und begehrt **Schadenersatz von der L-AG**. L kennt den Beitrag nicht und hat sich diesen auch nicht zu eigen gemacht. Ist sie für den von ihr veröffentlichten Inhalt verantwortlich?

Lösung

Möglicherweise Anspruch aus **§ 823 Abs. 1/Abs. 2 wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts bzw. eines Schutzgesetzes?**

Gemäß **§ 10 Satz 1 TMG** ist die L-AG als Diensteanbieterin im Sinne des § 2 Satz 1 Nummer 1 TMG für fremde Informationen nicht verantwortlich, **solange ihr keine Umstände bekannt sind, aus denen die Rechtswidrigkeit des Beitrags offensichtlich hervorgeht**. Gemäß **§ 7 Abs. 2 Satz 1 TMG** sind Diensteanbieter nicht verpflichtet, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hindeuten.

**Folge: Keine Verantwortung**

Schadensersatzanspruch aus **§ 823 Abs. 1, Abs. 2 BGB**?

Verletzung eines sonstigen Rechts: Persönlichkeitsrecht unproblematisch, da falsche Tatsachenbehauptung vorliegt

Problem: Vorsatz oder Fahrlässigkeit der L-AG?

- Keine eigenen Informationen der L-AG
- Keine Überwachungspflicht nach **§ 7 Abs. 2 TMG**
- Keine Kenntnisse von den Umständen, **§ 10 Abs. 1 TMG**

Ergebnis: Kein Anspruch gegen die L-AG

## Fall Restaurantkritik

M betreibt ein Restaurantbewertungsportal. Restaurantbesitzer R fühlt sich durch die Bewertung eines Nutzers in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt, was er auch mitteilt und mit konkreten Hinweisen belegt. **M weiß nicht, was er in diesem Fall zu tun hat und bittet um Rat.**

Lösung

**Ab dem Zeitpunkt der Kenntnis von der konkretisierten Beanstandung des R – aber erst dann!!!) trifft M eine Prüfpflicht („unverzüglich tätig werden“).** Sofern er dieser nicht nachkommt, trifft ihn die Verantwortlichkeit nach **§ 10 Abs. 1 Ziffer 2 TMG**. Der Umfang dieser Prüfpflicht richtet sich nach der Zumutbarkeit im jeweiligen Einzelfall. **In diesem Fall ist M zur Ermittlung und Bewertung des Sachverhalts verpflichtet.** Hierfür hat er die Beanstandung des R an den für den Beitrag verantwortlichen Nutzer weiterzuleiten und diesen zu einer Stellungnahme auf zu fordern.

Aber Achtung: Neu

**§ 10 a TMG:** Verfahren zur Meldung von Nutzerbeschwerden

**§ 10 b TMG:** Verfahren zur Abhilfe von Nutzerbeschwerden

Im Ergebnis: Videosharingplattform-Anbieter sind verpflichtet,

- Eine Verfahren zur Meldung von Beschwerden von Nutzern vorzuhalten

und

ein Verfahren zur Abhilfe zur Abhilfe der Beschwerden vorzuhalten insbesondere für

- Prüfung von rechtswidrigen Sachverhalten
- Entfernung oder Sperrung des Zugangs
- Bei Entfernung rechtswidriger Inhalte diese zu Beweiszwecken zu sichern
- Beschwerdeführer zu informieren

6. **Dritter wesentlicher Regelungsgehalt:** Datenschutz, §§ 11-15 a TMG

**§ 12 TMG:** Grundsätze – personenbezogene **Daten** dürfen vom Diensteanbieter nur erhoben und verwendet werden, **soweit dies in diesem Gesetz zulässig ist oder der Nutzer eingewilligt hat** (**Nutzer: § 2 Nr. 3 TMG**)

Einzelheiten hierzu: **§§ 14 und 15 TMG** – Bestandsdaten und Nutzungsdaten

Keine Verwendung ohne Einverständnis des Nutzers für andere Zwecke

Pflichten des Diensteanbieters, **§ 13 TMG:**

Informationspflicht gegenüber dem Nutzer über Art, Umfang und Zwecke der Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten

## Bestandsdaten, § 14 TMG

Die Erhebung und Verwendung ist für die Begründung, inhaltliche Ausgestaltung oder Änderung eines Vertragsverhältnisses zwischen dem Diensteanbieter und dem Nutzer über die Nutzung von Telemedien erforderlich (Bestandsdaten).

## Nutzungsdaten, § 15 TMG

Die Erhebung und Verwendung von personenbezogenen Daten ist nur zulässig, soweit dies erforderlich ist, um die Inanspruchnahme von Telemedien zu ermöglichen und abzurechnen (Nutzungsdaten).

## § 15a TMG: Auskunftsverfahren

## § 16 TMG, Bußgeldvorschriften

Verstöße gegen einzelne Vorschriften des TMG werden als Ordnungswidrigkeit behandelt und können mit einer Geldbuße bis zu 50.000 € geahndet werden.

## Schadensersatzansprüche:

Bei Verstößen: **§ 311 Abs. 2 BGB i.V.m. § 280 Abs. 1 BGB**  
(Verletzung eines Schuldverhältnisses, das bereits vor Vertragsabschluss entsteht)

## Fall 1: Rechtsanwalt Werbung – Impressumspflicht und Umfang

Ein Rechtsanwalt hat sich in einem Online-Anwaltsverzeichnis eintragen lassen und wurde von der Rechtsanwaltskammer abgemahnt, da sein Eintrag auf der Internet-Plattform „Anwaltsregister.de“ über kein Impressum verfügte. Der Rechtsanwalt weigerte sich, die geforderte Unterlassungserklärung abzugeben. Zu Recht?

Lösung

Unterlassungsanspruch nach **§§ 1004, 823 Abs. 2 BGB bzw. § 8 UWG i.V.m. § 3a UWG - Rechtsbruch**

1. Liegt ein Verstoß gegen das **Telemediengesetz** vor?

a. Der Rechtsanwalt ist **Diensteanbieter im Sinne des § 2 Satz eins 1 Ziffer 1 TMG**, da er den Zugang zur Nutzung eines Telemediums, nämlich der online Plattform, vermittelt.

b. Folge: Es besteht grundsätzlich eine Impressumspflicht gemäß **§ 5 Abs. 1 TMG**. Nach Auffassung des Landgerichts Stuttgart muss der Rechtsanwalt auch angeben, welcher Kammer er angehört (**§ 5 Abs. 1 Nummer 5 a TMG**), welcher Staat ihm die Berufsbezeichnung“ Rechtsanwalt „verliehen hat (§ 5 Abs. 1 Nummer 5 b nehmen eins TMG) und welche berufsrechtlichen Regelungen gelten und wie diese zugänglich sind (§ 5 Abs. 1 Nummer 5 c TMG).

## 2. Ist TMG **Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB**?

Jede Rechtsnorm, die zumindest auch dazu dienen soll, den Einzelnen gegen die Verletzung eines Rechtsguts zu schützen.

Also: (+)

3. Ebenso liegt ein Unterlassungsanspruch nach **§ 8 UWG - Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – in Verbindung mit §§ 3a UWG** vor, **da der Rechtsanwalt unlauter handelt, indem er einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt**, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln und der Verstoß geeignet ist, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen.

## Ansprüche

### 1. §§ 1004, 823 Abs. 1, Abs. 2 BGB?

- Nicht aus, da keine konkrete Rechtsgutsverletzung
- Aber aus **§ 823 Abs. 2 BGB**: Verstoß gegen eine Schutzvorschrift
- - § 5 TMG: Impressumspflicht?
  - RA ist Anbieter, § 2 TMG
  - Mit entsprechenden Angaben; **§ 5 Abs. 1 Nr. 5 a TMG**
  - TMG ist auch Schutzvorschrift i.S. des § 823 Abs. 2 BGB

### 2. § 8 UWG (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb)?

- Geschäftliche Handlung
- Handlung ist unlauter gem. **§ 3 a UWG**, da sie gegen **§ 5 TMG** verstößt, der zumindest auch die Marktteilnehmer (andere Rechtsanwälte) vor Beeinträchtigungen des Marktes zu schützen.

## Fall 2: Kreuzfahrt nach Ägypten - Herkunftslandprinzip

Einem **in Ägypten ansässigen Kaufmann** wurde im April 2012 von einer Konkurrentin aus Deutschland vorgeworfen, über eine Webseite **Landgänge für Kreuzfahrtreisende** angeboten zu haben, **ohne seine genaue Postanschrift sowie seine Handelsregister- und Umsatzsteueridentifikationsnummer im Impressum anzugeben**. Die Konkurrentin sah darin einen Verstoß gegen **§ 5 TMG** und **klagte schließlich auf Unterlassung**. Der Ägypter wandte dagegen ein, dass er nicht Inhaber der Webseite sei, **sondern sie lediglich verwalte**. Zudem sei es ihm nicht möglich, eine Handelsregister- oder Umsatzsteueridentifikationsnummer anzugeben, da es dies in Ägypten nicht gebe.

## Lösung

Anspruchsgrundlage:

**§§ 8, 3a UWG (wg. Rechtsbruchs) oder**

**§§ 1004, 823 Abs. 2 BGB (Verstoß gegen ein Schutzgesetz)**

Voraussetzung: Verstoß gegen ein Schutzgesetz

### **Anspruch auf Unterlassung bestand nicht**

Das Landgericht Siegen entschied gegen die Kreuzfahrtfirma. Ihr habe kein Anspruch auf Unterlassung zugestanden. Denn dies hätte vorausgesetzt, dass ein Diensteanbieter, der seinen **Sitz in Ägypten** hat und von dort aus Kreuzfahrtausflüge in Ägypten anbietet, verpflichtet ist, die Verbraucherschutzinformationsvorschriften des **§ 5 TMG** einzuhalten. Dies sei jedoch nicht der Fall gewesen. Ausländische Diensteanbieter seien aufgrund des in den **§§ 2a, 3 TMG** geregelten Herkunftslandprinzip nicht verpflichtet, so das Landgericht weiter, die Anforderungen des **§ 5 TMG** einzuhalten. Hinsichtlich des Herkunftslands werde dabei maßgeblich auf den **Niederlassungsort des Diensteanbieters** abgestellt. **Daher habe hier ägyptisches Recht gegolten.**

Aber: Das Urteil wurde später von Oberlandesgericht Hamm aufgehoben mit der Begründung, dass auch die Gesetze des Landes, **in denen der Internetauftritt gewerbsmäßig Auswirkungen hat, anzuwenden sind**, ähnlich § 3 DS GVO. Da der Internetauftritt des ägyptischen Anbieters auch in Deutschland, dem Wirkungsbereich des TMG, wirksam ist, sei § 5 TMG anzuwenden, Täter also zumindest Namen und Adresse angeben müssen.

Aber: im Endeffekt sei der ägyptische Anbieter dann doch nicht in Anspruch zu nehmen, da er nur der Verwalter der Internetseite war.

## Fall 3 Grill und Zubehör - Impressumspflicht

In dem zu Grunde liegenden Fall betrieb ein gewerblicher Verkäufer eine Verkaufsplattform im Internet für Grills und Grillzubehör. Unter der Rubrik "Rechtliche Informationen des Anbieters" gab er seine Postanschrift und E-Mail-Adresse an. Ein Mitbewerber sah darin einen Wettbewerbsverstoß, **da der Verkäufer es unterlassen habe, einen Kommunikationsweg anzugeben, auf welchem innerhalb von 60 Minuten Anfragen eines Verbrauchers beantwortet werden können.** Er verlangte daher die Abgabe einer **strafbewehrten Unterlassungserklärung.**

## Lösung

Anspruch auf Unterlassen gemäß **§ 8 UWG** besteht. Der Verkäufer hat unlauter im Sinne von **§ 3a UWG** gehandelt hat, da er nicht die Pflichtangaben nach **§ 5 TMG** leicht erkennbar und unmittelbar erreichbar zur Verfügung gestellt hat. Die Informationspflichten des **§ 5 TMG dienen dem Verbraucherschutz und der Transparenz und stellen daher eine Marktverhaltensregelung im Sinne des § 3a UWG dar.**

**Verstoß gegen Marktverhaltensregelung lag vor.**

Durch die Angabe der Postanschrift und E-Mail-Adresse habe der Verkäufer gegen **§ 5 TMG** verstoßen. **Nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 TMG müssen Angaben gemacht werden, die eine schnelle elektronische Kontaktaufnahme und unmittelbar Kommunikation mit ihnen ermöglichen.** Diese Pflichtangaben müssen zudem einfach und effektiv optisch

## VI. Markenrecht

### Fall: Ritter Sport

**Ritter Sport behält Markenschutz für quadratische Verpackung von Tafelschokolade**

### Fall: Legosteine

**BGH: Legosteine als Marke gelöscht**

Technische Bestandteile eines Gegenstands sind bei Markenschutz nicht zu berücksichtigen

### Fall: Essig

**Essig aus Deutschland darf Bezeichnung "balsamico" tragen**  
Schutz der Bezeichnung "Aceto Balsamico di Modena" erstreckt sich nicht auf geografische Begriffe wie "aceto" und "balsamico"  
**Der Gerichtshof der Europäischen Union hat entschieden, dass sich der Schutz der Bezeichnung "Aceto Balsamico di Modena" nicht auf die Verwendung ihrer nicht geografischen Begriffe wie "aceto" und "balsamico" erstreckt.**

## **Fall: Rote Schuhsohle**

**Rote Schuhsohlen von Louboutin können als Marke geschützt werden**

Marke besteht nicht ausschließlich aus einer Form im Sinne der Markenrichtlinie

## **Fall: Post**

**Deutsche Post AG unterliegt im Streit um die Rechte aus der Marke "POST"**

**BGH: Deutsche Post hat kein Monopol an der Marke "POST"**

Brief-, Paket- oder Kurierdienste dürfen ihre Dienstleistungen ebenfalls unter der Bezeichnung "Post" anbieten. Voraussetzung ist, dass sie ihren Firmennamen durch Zusätze abgrenzen und sich nicht - etwa durch die Verwendung eines Posthorns oder der Farbe Gelb - an den Ruf des Wettbewerbers anlehnen. Dies hat der Bundesgerichtshof entschieden.

**Aber:**

**Fall: nochmals Post**

**Eingetragene Marke "Post" gehört weiterhin ausschließlich der Deutschen Post**

Auf die Löschungsanträge mehrerer Konkurrenten hin hatte das Deutsche Patent- und Markenamt die Löschung der Marke angeordnet. Diese Entscheidung hat das Bundespatentgericht nunmehr aufgehoben.

Umfrageergebnis: 75 Prozent verbinden "Post" mit Dienstleistungen der Deutschen Post

**Die Deutsche Post darf die eingetragene Marke "Post" weiterhin allein für sich beanspruchen.**

## **Fall: Käpt`n oder nicht, das ist die Frage**

Die Firma **Iglo Tiefkühlkost** wirbt schon seit Jahrzehnten mit der Figur des **Käpt`n Iglo**. Es handelt sich hierbei um die farbige fotografische Darstellung eines ca. 50-60 Jahre alten Herrn mit grauem Vollbart, der mit einer blauen zweireihig geknüpften Jacke bekleidet ist. Darunter trägt er ein weißes T-Shirt, auf dem Kopf eine Kapitänsmütze. Im Hintergrund sind ein blau-weißer Himmel sowie der blaue Meeresspiegel zu sehen.

Ein konkurrierendes Unternehmen **Firma Appel Feinkost** setzt seit geraumer Zeit **eine ähnliche Werbefigur** ein und platziert auf ihren Feinkostprodukten ebenfalls eine farbige fotografische Darstellung eines ca. 50-60 Jahre alten Herren mit grauem Vollbart, der allerdings einen grauen Anzug, darunter eine schwarz-weiß karierte Weste, ein weißes Hemd mit Manschettenknöpfen und eine blaue Krawatte trägt, um den Hals einen locker geworfenen schwarz-weiß karierten Schal. Auch hier sieht man im Hintergrund den blau-weißen Himmel mit einer Möwe sowie den Meeresspiegel und einen älteren Leuchtturm.

Rechtsgrundlage: Markengesetz

1. **Schutzgegenstand (§ 1 MarkenG)** sind:

- **Marken (§ 3 MarkenG)**: Zeichen, Wörter einschließlich Personenbezeichnungen, Abbildungen, Buchstaben, Zahlen, dreidimensionale Gestaltungen, Farbzusammenstellungen und ähnliches. Erforderlich ist die Eignung, **Waren oder Dienstleistungen** eines Unternehmers von denjenigen anderer Unternehmer zu unterscheiden („Wenn´s ums Geld geht Sparkasse“; BMW-Niere)
- **Marke muss aber eintragungsfähig sein, § 8 MarkenG (Folie 184)**
- **geschäftliche Bezeichnungen und Werktitel (§ 5 MarkenG)**: **Bezeichnung eines Unternehmens** (z.B. Firma des Kaufmanns, Titel von Filmen, Druck- und Tonwerken)
- **geografische Herkunftsangaben** (Lübecker Marzipan, Parmaschinken), **§§ 126, 127 MarkenG**

**Schutzgegenstand (§ 1 MarkenG)**

**Marken (§ 3 MarkenG)**  
**Waren/Dienstleistungen**

**Geografische Herkunftsangaben**  
**(§§ 126, 127 MarkenG)**

**geschäftliche Bezeichnungen und**  
**Werktitel (§ 5 MarkenG)**  
**Unternehmen/Geschäftsbetrieb**  
**oder Werktitel**

Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen  
Kennzeichen (Markengesetz - MarkenG) **Text**

### § 1 Geschützte Marken und sonstige Kennzeichen

Nach diesem Gesetz werden geschützt:

1. Marken,
2. geschäftliche Bezeichnungen,
3. geographische Herkunftsangaben.

# 1. Marke

## § 3 MarkenG (Text)

1) Als Marke können alle Zeichen, insbesondere Wörter einschließlich Personennamen, Abbildungen, Buchstaben, Zahlen, Klänge, dreidimensionale Gestaltungen einschließlich der Form einer Ware oder ihrer Verpackung sowie sonstige Aufmachungen einschließlich Farben und Farbzusammenstellungen geschützt werden, **die geeignet sind (§ 8 MarkenG), Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden.**

(2) Dem Markenschutz nicht zugänglich sind Zeichen, die ausschließlich aus Formen oder anderen charakteristischen Merkmalen bestehen,

1. die durch die Art der Ware selbst bedingt sind,
2. die zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich sind oder
3. die der Ware einen wesentlichen Wert verleihen.

**Begriff:** Eine Marke kann als die Summe aller Vorstellungen verstanden werden, die ein *Markenname (Brand Name)* oder ein *Markenzeichen (Brand Mark)* bei Kunden hervorrufen bzw. beim Kunden hervorrufen soll, um die Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden.

Eine Marke dient also der **Kennzeichnung von Waren und Dienstleistungen** und ermöglicht es dem Kunden, die jeweiligen Produkte und Unternehmen zu **unterscheiden**.

Beispiele für die wichtigsten Markenarten:

**Wortmarke** (Schriftzeichen unabhängig von der Schriftart): Schriftzug Microsoft

**Bildmarke** (grafisches Element): Stern von Mercedes

Wort –/Bildmarke (Kombination aus Schriftzeichen und Grafik): Logo von Google

**3-D – Marke** (gegenständliche Gestaltung): Form der Toblerone

**Hörmarke** (Tonfolgen und Melodien): Jingle von Telekom

**Farbmarke** (Farbton): Magento rot und grau von Telekom

## Wortmarke

ADIDAS

LEVI'S

PHILIPS

VOLVO

JUST DO IT

Herbalife

## Bildmarke



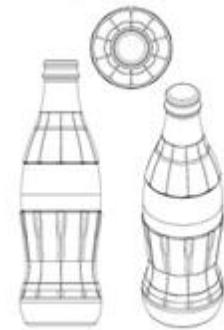
## Bildmarke mit Wortelementen



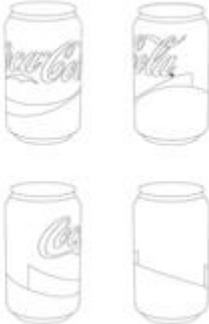
∞  
FUJITSU



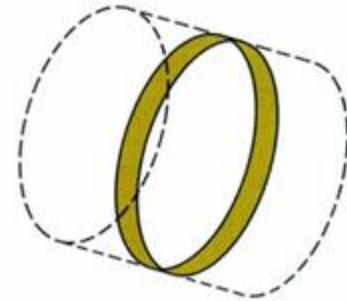
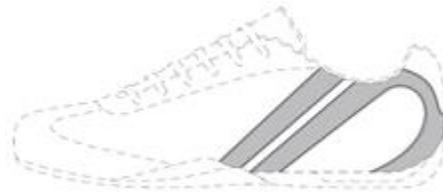
# Formmarke



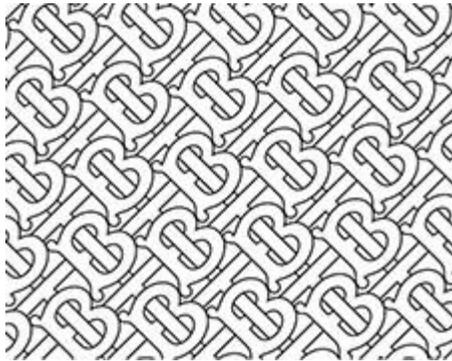
# Formmarke mit Wortelementen



# Positionsmarke



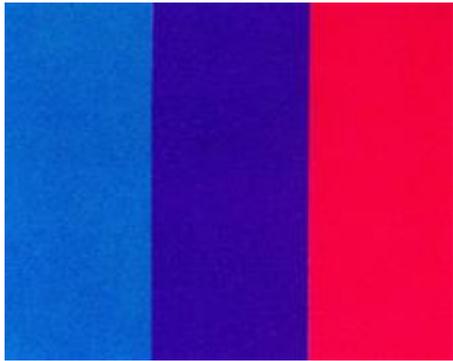
# Mustermarke



## Farbmarke (aus einer einzigen Farbe)



## Farbmarke (Farbenkombination)



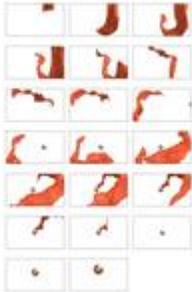
# Hörmarke



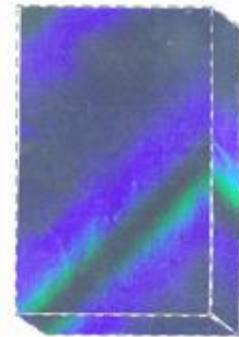
Als graphische Darstellung

Als Tondatei

# Bewegungsmarke/Multimediamarke



## Hologrammmarke



## 2. Entstehung des Markenschutzes (**§ 4 MarkenG**) durch

- Eintragung des Zeichens in das Markenregister

### oder

- permanente Nutzung des Zeichens im Geschäftsverkehr, sofern das Zeichen bereits Verkehrsgeltung erlangt hat.

Beispiele: Verpackungen (Odol – Flasche); Slogans („Sicherheit im Zeichen der Burg“ für Nürnberger Versicherungen)

### oder

- Notorsche (d. h. allgemeine) Bekanntheit einer Marke:

Mercedes Benz, Coca-Cola (diese Begriffe kennt nahezu jeder),

**Art 6bis Pariser Verbandsübereinkunft.**

Die Schutzdauer der eingetragenen Marke beträgt grundsätzlich zehn Jahre und kann jeweils um zehn Jahre verlängert werden, **§ 47 MarkenG**

### Wirkung des Schutzrechts

- Ausschließliche Nutzung mit Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen (**§§ 14, 15 MarkenG**)

## § 4 Entstehung des Markenschutzes (Text)

Der Markenschutz entsteht durch

1. die **Eintragung** eines Zeichens als Marke in das vom Patentamt geführte Register,
2. die **Benutzung eines Zeichens im geschäftlichen Verkehr**, soweit das Zeichen innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Marke **Verkehrsgeltung** erworben hat, **oder**
3. die im Sinne des **Artikels 6bis der Pariser Verbandsübereinkunft** zum Schutz des gewerblichen Eigentums (Pariser Verbandsübereinkunft) **notorische Bekanntheit** einer Marke.

## 2.a Registrierung

Beim Markenrecht handelt es sich also zunächst um ein **sogenanntes Registerrecht**, das **erst durch Eintragung** entsteht (im Gegensatz zum Urheberrecht, bei dem die Rechte bereits durch die Erschaffung des Werks entstehen).

Für die Registrierung sind erforderlich (**§ 32 Abs. 2 MarkenG**):

- Angaben zur Identität des Anmelders (natürliche Person, juristische Person oder Personengesellschaft)
- Wiedergabe der Marke (bei einer Wortmarke lediglich das Wort oder die Wörter, bei einer Bildmarke das Bild oder eine Grafik)
- Angaben der Waren oder Dienstleistungen, für die die Eintragung beantragt wird (es gibt insgesamt 45 verschiedene Markenklassen, dabei handelt sich um 34 Waren – und elf Dienstleistungsklassen). Der Markeninhaber entscheidet, für wie viele Klassen er die Kennzeichnung anmelden möchte

## Begrenzung der Marke bei Eintragung

Durch die **Begrenzung auf bestimmte Klassen** ist es deshalb möglich, dass dieselbe Bezeichnung mehrfach vergeben wird. Beispiel: der **Begriff Fokus** ist sowohl als Zeitschrift als auch als Automodell registriert.

Nach der Anmeldung erfolgt eine **Prüfung der formellen Voraussetzungen** nach **§ 36 MarkenG**:

- Erforderliche Unterlagen
- Zahlung der Gebühren
- Inhaberschaft einer Marke ist möglich (**§ 7 MarkenG**)

Anschließend erfolgt eine **Prüfung der materiellen Voraussetzungen** nach **§ 37 MarkenG**:

## Eine Eintragung erfolgt nicht, wenn

– Keine Marke nach **§ 3 MarkenG** vorliegt

## Nicht eintragungsfähige Marken (Marke lässt sich grafisch nicht darstellen), **§ 8 Abs. 1 MarkenG**

- **Erfordernis der grafischen Darstellbarkeit einer Marke**

- **Hörmarken** (= akustische Signale) durch Notenbilder

- **Geruchs-, Geschmacks- oder Tastmarken** durch mathematische Funktionen, chemische Formeln

Erforderlich ist eine **unverwechselbare zweidimensionale Wiedergabe der Marke** durch ein anerkanntes System von Schriftzeichen

**Beispiel für eine Hörmarke:**



Ein **absolutes Schutzhindernis** nach **§ 8 Abs. 2 MarkenG** besteht zum Beispiel, wenn

- die Marke **keine Unterscheidungskraft** hat (Strichcode, Abkürzungen, **chinesische Buchstaben**) oder
- ausschließlich aus Zeichen oder Angaben besteht, **die im Verkehr ausschließlich zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit (fettarm, entrahmt)**, der Menge, der Bestimmung, des Wertes, der geographischen Herkunft (**aber: Selters**) und Ähnliches dient oder
- Gegen die guten Sitten verstößt.

**Näheres siehe Markenverordnung**

**Das DPMA prüft nicht, ob eine Markenkennzeichnung bereits in identischer oder ähnlicher Form besteht, sondern nur die Formalien, § 41 MarkenG.**

Anmeldekosten: ca. 300,00 € für die Anmeldung einer Marke in bis zu drei Klassen.

Der Markenschutz beträgt zehn Jahre und kann verlängert werden (**§ 47 MarkenG**)

## 2.b Benutzermarke im geschäftlichen Verkehr (s.o. Post)

Als Benutzungsmarke wird eine Marke bezeichnet, die nicht ins Register eingetragen ist, sondern aufgrund Verkehrsgeltung (§ 4 Nr.2 MarkenG) Schutzwirkung entfaltet.

### Verkehrsgeltung

Ein Zeichen (Benutzungsmarke) hat dann als Marke Verkehrsgeltung erlangt, wenn ein nicht unerheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise es für bestimmte Waren oder Dienstleistungen einem bestimmten Unternehmen als Herkunftshinweis zuordnet.

## 2.c Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums vom 20.03.1883 (sic!)

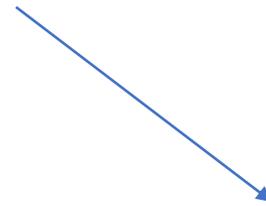
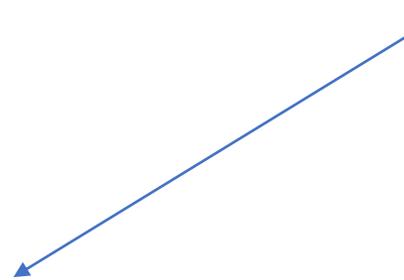
### Artikel 6<sup>bis</sup>

Marken: Notorisch bekannte Marke

(1) Die Verbandsländer verpflichten sich, von Amts wegen, wenn dies die Rechtsvorschriften des Landes zulassen, oder auf Antrag des Beteiligten die Eintragung **einer Fabrik- oder Handelsmarke** zurückzuweisen oder für ungültig zu erklären und den Gebrauch der Marke zu untersagen, **wenn sie eine verwechslungsfähige** Abbildung, Nachahmung oder Übersetzung einer anderen Marke darstellt, von der es nach Ansicht der zuständigen Behörde des Landes der Eintragung oder des Gebrauchs **dort notorisch feststeht**, dass sie bereits einer zu den Vergünstigungen dieser Übereinkunft zugelassenen **Person gehört und für gleiche oder gleichartige Erzeugnisse benutzt wird.**

## Entstehung des Markenschutzes (§ 4 MarkenG)

Registrierung



Benutzermarke im  
geschäftlichen Verkehr

Pariser Verbandsübereinkunft  
zum Schutz des gewerblichen  
Eigentums vom 20.03.1883  
(sic!)

### 3. Ansprüche bei Verletzung des Markenrechts

Verletzungen des Markenrechts gewähren dem Berechtigten gegebenenfalls Unterlassung –, Schadensersatz –, Hinweis –, Vernichtung – oder Auskunftsansprüche nach den **§§ 14 und 15 MarkenG**. **Es gibt drei die Schutzbereiche:**

- **Identitätsschutz:** keine Verwendung der identischen Markenkennzeichnung für eine identische Ware (wie zum Beispiel bei Markenpiraterie), **§ 14 Abs. 2 S. 1 Ziff. 1 MarkenG**
- **Verwechslungsschutz:** Es darf keine Verwechslung mit anderen Marken möglich sein, **§ 14 Abs. 2 S. 1 Ziff. 2 MarkenG**
- **Bekanntheitsschutz:** Das Zeichen einer bekannten Marke darf nicht für andere, nicht geschützte Klassen genutzt werden, **§ 14 Abs. 2 S. 1 Ziff. 3 MarkenG**

#### Mögliche Ansprüche des Markeninhabers bei Verletzung:

- Unterlassung – und Schadensersatzanspruch, **§§ 14, 15 MarkenG**
- Vernichtung – und Rückrufanspruch, **§ 18 MarkenG**
- Auskunftsanspruch **§ 19 MarkenG**

#### 4. Verwechslungsschutz (§ 14 Abs. 2 S. 1 Ziffer 2 MarkenG)

Das häufigste Problem bei der Eintragung bzw. Überprüfung ist der oben genannte Verwechslungsschutz (s.o. Käpt´n Iglo)

**Verwechslungsgefahr:** Die Herkunft (**nicht nur die geografische!**) der betroffenen Produkte kann verwechselt werden. Bei der Beurteilung, ob eine Verwechslungsgefahr besteht, sind alle relevanten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.

**Ob bei zwei Marken eine Verwechslungsgefahr besteht, ist aus der Sicht des durchschnittlichen Verbrauchers der betreffenden Ware oder Dienstleistung zu beurteilen, der Anfangszeichen normal informiert und angemessen aufmerksam und vollständig ist.**

Folgende Kriterien sind maßgebend:

- Zeichenähnlichkeit
- Produktähnlichkeit
- Kennzeichnungskraft der älteren Marke

Entscheidend ist bei der Bewertung die sogenannte **Prägetheorie: Durch welches Element wird der Gesamteindruck der Marke geprägt?**

Beispiel: Wortmarke "Euro Telekom" – nach BGH ist das Wort Telekom prägend

Weiteres Beispiel: zwischen den Medikamenten Marken „Neuro Vibolex“ und „Neuro-Fibraflex“ wurde Verwechslungsgefahr angenommen: Prägend sind die Begriffe „Neuro und „- Lex „

Es können auch klangliche Ähnlichkeiten bestehen: „IPS und „ISP“, "Xxero und zero"

Keine Ähnlichkeit zwischen den Wortmarken Lavera und Vera Green

Aber: Tango/Tengo (wegen Buchstabengleichheit)

Ebenso wegen gedanklicher Verbindung: „Rebenfreund“ und „Traubenfreund“

Problem: Wortmarke und Bildmarke

Keine Ähnlichkeit zwischen der Wortmarke „Goldbär“ von Haribo und einem in Goldfolie verpackten Bär von Lind, da der Goldhase vom Publikum nicht zwangsläufig als „Goldbär“ bezeichnet werde

## 5. Geschäftliche Bezeichnung

Anders als Marken kennzeichnen **Unternehmenskennzeichen nicht die Herkunft von Waren bzw. Dienstleistungen, sondern ein Unternehmen (sog. Namensfunktion).**

**Aber:** Ein Unternehmenskennzeichen kann auch als Marke geschützt werden. Die jeweiligen Rechte sind in diesem Fall selbstständig und voneinander unabhängig.

# Grundsatz

**Buchstabenfolgen**

**Kombinationen aus Buchstaben und Zahlen**

**Reine Zahlenfolgen (strittig)**

## Beispiele

Name, Vorname (**Marlene für Film**)

Wendler (**Musiker Michael und Frank**)

Michael Herbig, **Künstlernamen „Bully“**

**Bandname** „Die fantastischen Vier“

Buchstabenkombination „**BCC**“

**NetCom**“ für NetCom Sicherheitstechnik  
GmbH

Drogeriemarkt Müller“, „Schreinermeister  
Schreiber“, „Hotel zum Löwen“, „Apfelweinlokal  
zum Frühling“

Rechte an Unternehmenskennzeichen entstehen nicht durch Eintragung oder Registrierung, sondern durch **namensmäßige Ingebrauchnahme**, unabhängig vom Umfang der Benutzung

**Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche, § 15 MarkenG**

## 6. Geographische Herkunftsangaben, **§ 127 MarkenG**:

Schutzinhalt: geographische Herkunftsangaben dürfen im geschäftlichen Verkehr nicht für Waren oder Dienstleistungen benutzt werden, **die nicht aus dem Ort, der Gegend, dem Gebiet oder dem Land stammen**, das durch die geographische Herkunftsangaben bezeichnet wird, **wenn eine Gefahr der Irreführung über die geographische Herkunft** besteht.

Geographische Herkunftsangaben im Sinne dieses Gesetzes **sind die Namen von Orten, Gegenden, Gebieten oder Ländern sowie sonstige Angaben oder Zeichen, die im geschäftlichen Verkehr zur Kennzeichnung der geographischen Herkunft von Waren oder Dienstleistungen benutzt werden, § 126 MarkenG**

## **Geschützte geographische Herkunftsangaben sind:**

- Aachener Weihnachtsleberwurst/Oecher Weihnachtsleberwurst
- Allgäuer Sennalpkäse
- Altbayerischer Senf
- BAYERISCHE BREZE / BAYERISCHE BREZN / BAYERISCHE BREZ'N / BAYERISCHE BREZEL
- Bayerischer Honig / Honig aus Bayern
- Bayerischer Leberkäs
- Bayerischer Meerrettich / Bayerischer Kren
- Bayerisches Bier
- Berliner Currywurst
- Blattsalate von der Insel Reichenau
- Bremer Klaben
- Dithmarscher Kohl
- Dresdner Christstollen, Dresdner Stollen, Dresdner Weihnachtsstollen
- Düsseldorfer Senf
- „EICHSFELDER FELDGIEKER“ / „EICHSFELDER FELDKIEKER“
- Erfurter Schittchen
- "Frankfurter Grüne Soße" / "Frankfurter Grie Soß"
- Gögginger Bier
- Hessischer Apfelwein

- Hessischer Handkäse, Hessischer Handkäs
- Kieler Sprotten
- Münchner Weißwurst
- Nürnberger Bratwürste / Nürnberger Rostbratwürste
- Obazda / Obatzter
- Oktoberfestbier
- Schwarzwälder Schinken
- Schwäbische Maultaschen / Schwäbische Suppenmaultaschen
- Spreewälder Gurken
- Wernesgrüner Bier

Nicht geschützt aber

Berliner Ballen

Sachertorte

Wiener/Frankfurter Würstchen

Aber:

**KIELER SPROTTEN** wurde als Wort-Bildmarke am 20.01.2021 beim Deutschen Patent- und Markenamt angemeldet.



**§ 128 MarkenG**, Ansprüche wegen Verletzung von **§ 127 MarkenG**:

Wer im geschäftlichen Verkehr Namen, Angaben oder Zeichen entgegen **§ 127 MarkenG (Geografische Herkunftsangaben)** benutzt, kann von den nach **§ 8 Abs. 3 UWG** (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) zur Geltendmachung von Anspruchsberechtigten bei Wiederholungsgefahr **wegen irreführender Werbung auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.**

Entscheidend ist hierbei die Verkehrsauffassung als Maßstab. Der Schutz ist nur vorhanden, **wenn der durchschnittliche Verbraucher mit der Herkunftsangabe auch eine tatsächliche Herkunft der Ware aus dem angegebenen Ort oder der Gegend vermuten darf.**

Nicht bei „italienischer Salat“ oder „Wiener Schnitzel“: Hier handelt es sich nur noch um eine reine Gattungsbezeichnung

**Glen Buchenbach (Berglen):** Die Whisky-Lobbyisten verweisen darauf, dass der Begriff Glen aus dem Gälischen kommt und „schmales Tal“ oder „Schlucht“ bedeutet. Etwa ein Viertel der schottischen Destillen sei nach dem Glen benannt, in dem der Scotch gebraut werde. Damit sei Glen typisch schottisch und ausschließlich schottischem Whisky vorbehalten.

Um festzustellen, ob eine nach dem Unionsrecht unzulässige „Anspielung“ vorliegt, muss das zuständige Gericht prüfen, ob ein Verbraucher unmittelbar an die eingetragene geografische Angabe „Scotch Whisky“ denkt, wenn er ein vergleichbares Erzeugnis mit der Bezeichnung „Glen“ vor sich hat, so die Richter am EuGH. Es genüge nicht, dass die Bezeichnung beim angesprochenen Verbraucher eine irgendwie geartete Assoziation mit der geschützten Angabe oder dem zugehörigen geografischen Gebiet wecken kann (Urt. v. 07.06.2018, Az. C-44/17). Der Rechtsstreit wurde nach Deutschland zurückverwiesen.

Urteil des Landgerichts Hamburg vom 13.2.2020: **Die Verwendung des Begriffs „Glen“ stellt beim Verbraucher eine gedankliche Verbindung zum schottischen Whisky her. Der Begriff „Glen“ darf daher für deutschen Whisky nicht verwendet werden.**

## VII. Urheberrecht

### 1. Wesen des Urheberrechts

- Dient dem Schutz des geistigen Eigentums
- Schützt den Urheber in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk sowie in der Nutzung des Werks
- Beginnt bereits mit der Entstehung des Werks selbst

Urheber kann nur eine natürliche Person sein, nicht eine juristische

- Ist nicht übertragbar
- Endet 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers, sofern dieser nicht bekannt ist, 70 Jahre nach der Veröffentlichung
- Nach Ablauf der Frist kann das Werk von jedermann frei genutzt werden

2. Geschützt werden Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst (**§ 1 UrhG**).

Geschützte Werke sind nach dem UrhG

1. Sprachwerke
2. Werke der Musik
3. Pantomimische Werke einschließlich der Werke der Tanzkunst
4. Werke der bildenden Kunst einschließlich Baukunst und angewandte Kunst
5. Lichtbildwerke
6. Filmwerke
7. Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art wie Zeichnungen, Pläne, Karten, Skizzen, Tabellen und plastische Darstellungen

Werke im Sinne dieses Gesetzes sind nur **persönliche geistige Schöpfungen (§ 2 Abs. 2 UrhG)**

Eine „persönliche geistige Schöpfung“ setzt also eine **menschliche Leistung** voraus. Ein Werk entsteht erst aufgrund einer **sinnlichen Wahrnehmung**.

Amtliche Werke (Gesetze, Verordnungen, Urteile) genießen keinen urheberrechtlichen Schutz, **§ 5 UrhG**.

Ein Werk ist veröffentlicht, wenn es mit Zustimmung des Berechtigten der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird, **§ 6 UrhG**.

3. Urheber ist der sogenannte Schöpfer des Werkes, **§ 7 UrhG**. Es ist auch möglich, dass mehrere ein Werk gemeinsam schaffen, sie sind dann mit Urheber, **§ 8 UrhG**.

Das Recht des Urhebers besteht darin, zu bestimmen, ob und wie sein Werk veröffentlicht wird, **§ 12 UrhG**. Aus diesem Grunde hat der Urheber auch das ausschließliche Verwertungsrecht (Vervielfältigung, Verbreitung, Ausstellung, Wiedergabe in Vorträgen, Senderecht und ähnliches), **§§ 15 - 24 UrhG**.

Gemäß **31 UrhG** kann der Urheber auch einem Dritten das Recht zur Nutzung des Werkes einräumen. Hierfür steht ihm auch eine angemessene Vergütung zu, **§ 32 UrhG**.

Diese Vorschriften über die Einräumung von Nutzungsrechten und Vergütungsansprüche des Urhebers gelten gemäß **§ 43 UrhG** auch für Arbeits- oder Dienstverhältnisse, wenn der Urheber das Werk in Erfüllung seiner Verpflichtungen aus einem Arbeits- oder Dienstverhältnis geschaffen hat.

Das Urheberrecht unterscheidet nicht zwischen einer privaten und gewerblichen Nutzung. Die Nutzung von Werken ist also ohne Zustimmung des Urhebers grundsätzlich sowohl im privaten als auch im gewerblichen Bereich ausgeschlossen.

4. Hiervon gibt es allerdings einige Ausnahmen:

**§ 45 UrhG:** Vervielfältigung bei der Rechtspflege und für behördliche Zwecke

**§ 45 a UrhG** Vervielfältigung für Behinderte, sofern für diese keinen Zugang über eine bereits vorhandene Form möglich ist

**§ 47 UrhG** Schulrundfunksendungen

**§ 48 UrhG** bei öffentlichen Reden

**§ 46 UrhG** Sammlungen für Kirchen –, Schul – oder Unterricht Gebrauch

**§ 47 UrhG** Schulfunksendungen  
öffentliche Reden über Tagungsfragen

## Öffentliche Wiedergabe, § 52 UrhG

Sie ist zulässig wenn die Wiedergabe **keinem Erwerbszweck des Veranstalters** dient, die Teilnehmer ohne Entgelt zugelassen werden und im Falle des Vortrags oder der Aufführung des Werks keiner der ausübenden Künstler (§ 70) eine besondere Vergütung erhält. Für solche Aufführungen ist eine angemessene Vergütung zu zahlen, die aber für Veranstaltungen der Jugendhilfe, der Sozialhilfe der Alten – und Wohlfahrtspflege, der Gefangenenbetreuung sowie für Schulveranstaltungen entfällt.

## 5. Ansprüche bei Rechtsverletzungen

§ 97 UrhG Anspruch auf Unterlassung und Schadenersatz nach Abmahnung, § 97 a UrhG

Zudem Anspruch auf Vernichtung, Rückruf und Überlassung, § 98 UrhG sowie Auskunftsanspruch, § 101 UrhG. Absatz letztendlich bestehen Straf – und Bußgeldvorschriften, §§ 106-111 a UrhG.

## 6. Einige Beispiele

P, der Papagei eines Malers M, läuft ohne Wollen des M durch die für die Herstellung eines Bildes bereitgestellte Farbe und anschließend über einen Papierbogen, wodurch ein wunderbares Bild entsteht. Wer ist Urheber dieses Kunstwerkes?

Bei dem Bild handelt es sich wohl um etwas wahrnehmbares, allerdings ist noch kein Werk im Sinne des Urheberrechts entstanden, da das Werk eine persönliche geistige Schöpfung (§ 2 Abs. 2 UrhG) voraussetzt, die aber nur dem Menschen möglich ist. Der Papagei ist kein Mensch, also kein Urheber. Die Urheberschaft wird auch nicht dem M als Eigentümer des Papageien zugerechnet.

Künstler K hat eine besondere Idee, ein Fahrzeug zu verhüllen und erzählt hier von seinen Kollegen. Einer von ihnen findet die Idee auch wunderbar und führt ein entsprechendes Projekt durch. Ist K Urheber oder doch zumindest Mit-Urheber dieses Werkes?

Voraussetzung hierzu wäre, dass ein zu schützendes Werk im Sinne des Urhebergesetzes vorliegt. Dies ist nicht der Fall, da der von K entwickelte Gedanke (noch nicht) sinnlich wahrnehmbar war, es handelte sich nur um eine Idee. K ist deshalb weder Urheber noch Mit-Urheber des von seinen Kollegen erschaffenen Kunstwerks.

Ein Fernsehsender übernimmt aus einer ausländischen Fernsehsendung eine Quizshow. Besteht hier ein urheberrechtlicher Schutz?

Gegen einen Schutz nach § 2 UrhG spricht zunächst nicht, dass eine Fernsehsendung dort nicht ausdrücklich aufgeführt wird, dass sich bei den genannten Werken lediglich um Beispiele („insbesondere“) handelt. Bei einer Fernsehsendung, auch wenn diese bereits von einem anderen Sender gezeigt wurde, handelt es sich lediglich um eine **Anleitung, ein Vorbild (ergänzt)** (BGHZ 155,257).

Handelt es sich bei literarischen Figuren, zum Beispiel bei James Bond, um ein urheberrechtlich geschütztes Werk?

Zunächst einmal sind die Romane von Ian Fleming Werke im Sinne des Waffens 2 UrhG, das sich um geistige Schöpfungen eines Menschen handelt. Darüber hinaus können aber auch einzelne Figuren aus Romanen ein sehr ständiges Recht genießen, wenn sie eine unverwechselbare Persönlichkeit darstellen, durch die sie sich von anderen Persönlichkeiten deutlich unterscheiden. Dies ist bei James Bond sicherlich der Fall (so auch BGH NJW 20. 14,771)

V hat bei Aufräumarbeiten in seinem privaten Wohnhaus zahlreiche kleine Flaschen gefunden, die er früher für den Verkauf eines von ihm selbst entwickelten und hergestellten Parfüms verwendet hat. Er möchte diese Flaschen nicht wegwerfen, sondern verkaufen. Ergibt deshalb eine Kleinanzeige bei eBay auf und verwendet hierbei ein Foto einer ähnlichen Flasche, das er von der Webseite eines Fotografen kopiert hat. V ist der Ansicht, hierzu berechtigt zu sein, um ein normales Bild mit einer normalen Flasche, also ein Gebrauchsgegenstand, zu handeln, das er auch ohne weiteres selbst hätte anfertigen können, sodass kein Urnehmerschutz bestehe. Ist die Auffassung richtig?

Möglicherweise handelt sich bei dem Foto um ein Lichtbildwerk nach **§ 2 Abs. 1 Nummer 5 UrhG**. Ein Lichtbildwerk ist gegeben wenn eine gewisse eigene geistige Schöpfung des Urnehmers erkennbar ist, zum Beispiel bei der Gestaltung. Vorliegend konnte ein Bild in der anerkannten gestalterischen Form eines Stillebens gegeben sein.

Sollte dies nicht der Fall sein, liegt auf jeden Fall ein Lichtbild gemäß **§ 72 UrhG** vor, das unabhängig von seiner gestalterischen Qualität geschützt ist.

Der Hobbymusiker H hält sich für einen begabten Trompeter und nimmt ein paar Bänder auf, die von seiner Putzfrau gefunden und anschließend von einem Agenten vermarktet werden. Wurden hier Urheber Rechte des Haar verletzt und stehen ihm gegebenenfalls Schadensersatzansprüche zu?

Ohne Zweifel liegt hier ein Werk der Musik nach § 2 Abs. 1 Ziffer 2 UrhG vor, dessen Urheber H auch ist. Damit steht dem H das Veröffentlichungsrecht gemäß § 12 UrhG zu.

H stehen auch Schadensersatzansprüche gemäß § 97 Abs. 2 UrhG zu. Voraussetzung ist, dass der Verwerter die Handlung zumindest fahrlässig begangen hat. Bei der Bemessung des Schadenersatzes kann auch der Gewinn, den der Verletzer durch die Verletzung des Rechts erzielt hat, berücksichtigt werden, im Übrigen wird er nach einer möglichen Vergütung, die der Urheber rein theoretisch hätte erzielen können, geschätzt.

# ÜBUNGSKLAUSUR 29.06.2023

Hochschule Aalen

Klausur B S3

Fach Mittelstand und Recht (31-36201)

Klausur: Vertragsrecht, Datenschutz und Telemedienrecht

Dozent/Prüfer 1521: Peter Freimuth

Semester: Sommersemester 2023

Bearbeitungszeit: 90 Minuten

Mögliche Punkte: 90

Hilfsmittel: Gesetzestexte; Anmerkungen, Markierungen, Verweise und  
Paragrafenverweise sind erlaubt, keine zusätzlichen Blätter

Die Klausur enthält fünf Aufgaben, von denen fünf zu bearbeiten sind.

Notwendige Angaben:

Prüfungstag:

Studiengang:

Semester:

Name, Vorname:

Matrikelnummer:

Gesamtpunktzahl

Note Datum

## Aufgabe 1

16 P

Susie Q, Mitarbeiterin der Fa. Holzbau Fertighaus GmbH, wird von ihrem Chef beauftragt, bei der Fa. Fenster- und Türbau GmbH, einem Hersteller von Kunststofffenstern und -türen, 250 Fenster einschließlich Rahmen zum Stückpreis von 89,00 € zu kaufen. Die Fenster werden geliefert, bezahlt und anschließend in verschiedenen Fertighäusern eingebaut. Hierbei stellt sich heraus, dass einige der Fenster auf Grund eines Fertigungsfehlers der Fenster- und Türbau GmbH nicht ordentlich schließen.

a. Welche Rechte stehen einem Käufer grundsätzlich bei einem Mangel der Ware gegen den Verkäufer zu und welche Voraussetzungen müssen vorliegen?

11 P

b. Wie ist die Rechtslage, wenn sich herausstellen sollte, dass die Fenster- und Türbau GmbH genau wusste, dass die Fenster teilweise nicht richtig schließen und dies der Holzbau Fertighaus GmbH absichtlich nicht mitgeteilt hat? Angenommen, die Firma Holzbau Fertighaus GmbH und die Firma Fenster- und Türbau GmbH hätten einen Gewährleistungsausschluss vereinbart, könnte sich die Firma Fenster-Jugendstilbau GmbH hierauf berufen?

5 P

Bitte begründen Sie Ihre Antworten und nennen Sie die gesetzlichen Vorschriften.

## Lösungshinweise

a. Mangel (1), zum Zeitpunkt der Übergabe (1), Nacherfüllung (1), Nachbesserung (1), Ersatzlieferung (1), Fristsetzung (1), Rücktritt (1), Minderung (1), Schadensersatz (1), § 434, § 437 (1)

b. Die Gewährleistungsansprüche der Firma Holzbau Fertighaus GmbH verjähren gemäß § 438 Abs. 3 BGB (1) in der regelmäßigen Verjährungsfrist (1), wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen (1) hat. Auf einen Gewährleistungsausschluss kann sich die Firma Fenster- und für Bau GmbH bei arglistigem Verschweigen des Mangels nicht berufen (1), § 444 BGB (1).

## Aufgabe 2

18 P

V verkauft an K Ware für dessen Herrenausstattungsgeschäft. Da K die Ware nicht sofort bezahlen kann, vereinbaren sie einen sogenannten verlängerten Eigentumsvorbehalt. Da dies nach Auffassung des V für ihn aber nur eine unzureichende Sicherung seiner Kaufpreisforderung darstellt, bittet er den K, ihm noch vor Auslieferung der Ware einen geeigneten Bürgen zu benennen. B, Kegelbruder von K, findet sich bereit, die Bürgschaft zu übernehmen. Er sendet dem V eine E-mail, in der er erklärt, dass er gerne die Bürgschaft für den K übernehme. V liefert die Ware aus. Leider verläuft der Verkauf an die Kunden des K nur schleppend, so dass K nicht in der Lage ist, den Kaufpreis zu bezahlen. V wendet sich an B und fordert ihn zu Zahlung auf. B ist der Auffassung, dass überhaupt kein Bürgschaftsvertrag bestehe. Außerdem möge sich V doch zunächst einmal weiter an K wenden. Auch habe K ihm mitgeteilt, dass die Ware teilweise mangelhaft sei und er daher gegenüber V vom Vertrag zurückgetreten sei.

- a. Welche Voraussetzungen müssen für einen wirksamen Bürgschaftsvertrag vorliegen? 4 P
- b. Angenommen, es liegt ein Bürgschaftsvertrag vor: Muss sich V zunächst weiter an K wenden, gegebenenfalls wie lange? 4 P
- c. Unter welchen Voraussetzungen ist die Einrede der Vorausklage ausgeschlossen? 6 P

d. Kann B – ebenfalls bei Annahme eines gültigen Bürgschaftsvertrages – die Zahlung gegenüber V mit der Begründung verweigern, die Ware sei mangelhaft? 4 P

Bitte begründen Sie Ihre Antworten und nennen Sie die entsprechenden gesetzlichen Vorschriften.

## Lösungshinweise

- a. Der Bürgschaftsvertrag ist nur schriftlich (1) gültig, § 766 BGB (1), die Email des B erfüllt dieses Schriftformerfordernis nicht (1), erforderlich ist Originalunterschrift, § 126 BGB (1).
- b. B kann die Einrede der Vorausklage (1) geltend machen, § 771 BGB (1), danach muss V den K zunächst verklagen (1) und anschließend gegen ihn die Zwangsvollstreckung betreiben (1).
- c. Selbstschuldnerische Bürgschaft (1), § 773 Abs. 1 Ziffer 1 BGB (1), wenn die Rechtsverfolgung wegen fehlendem Aufenthaltstort erschwert ist (1), § 773 Abs.1 Ziffer 2 BGB (1), wenn das Insolvenzverfahren eröffnet ist (1), § 773 Abs. 1 Ziffer 3 BGB (1) oder wenn anzunehmen ist, dass sie Zwangsvollstreckung zu keinem Erfolg führen wird (1), § 773 Abs.1 Ziffer 4 (1) BGB
- d. B stehen dieselben Einwendungen zu wie dem Schuldner (1), § 768 BGB (1).

### Aufgabe 3

20 P

Der Möbelfabrikant Brettschneider möchte gerne eine neue Fabrikationshalle errichten. Die hierdurch entstehenden Baukosten sollen durch einen Bankkredit finanziert werden. Brettschneider lädt deshalb den zuständigen Kreditsachbearbeiter seiner Hausbank, Herrn Thaler, abends zum Essen in ein Nobelrestaurant ein. Sie besprechen die Angelegenheit und berechnen den Finanzbedarf von Brettschneider auf 1,2 Mio. €. K ist mit der Bewilligung des Kredits einverstanden und sagt Brettschneider mit der Bemerkung, dass dies nur noch reine Formsache sei, die Zusendung der Vertragsformulare in den nächsten Tagen zu.

Nachdem sich Brettschneider und Thaler noch zwei Cognacs genehmigt haben, wirft Brettschneider so ganz nebenbei ein, dass er beabsichtige, sich demnächst ein neues Segelboot zu kaufen. Thaler erklärt, dass seine Bank derzeit besonders günstige Konditionen für die Finanzierung derartiger Luxusgüter zur Verfügung stellen könne. Brettschneider meint, dass ihm vorerst 50.000,-- € ohne weiteres ausreichen würden. Thaler ist einverstanden.

Am nächsten Tag liest Thaler in der Zeitung, dass zwei in der Umgebung befindliche Möbelhäuser schließen, da in den vergangenen Monaten erhebliche Umsatzeinbußen zu verzeichnen waren. Thaler befürchtet negative Auswirkungen auf die Umsätze von Brettschneider. Er ruft sofort bei ihm an und meint, die Kredite ohne eine Sicherheit nicht zur Verfügung stellen zu können.

Hat Brettschneider einen Anspruch auf Auszahlung

- des Darlehens für die Halle? 3 P
- des Darlehens für das Segelboot? 7 P
- Kann Thaler von Brettschneider eine Sicherheit verlangen?  
2 P
- Kann Thaler eventuell die Verträge fristlos kündigen? 8 P

Bitte begründen Sie Ihre Antworten und nennen Sie die gesetzlichen Vorschriften.

## Lösungshinweise

- Ja, Darlehensvertrag (1), § 488 BGB (1) zustande gekommen, keine Schriftform erforderlich (1)
- Nein, ist Verbraucherdarlehen (1), § 491 BGB (1), Schriftform (1), § 492 BGB (1), Brettschneider ist hier Verbraucher (1), § 13 BGB (1), da er das Rechtsgeschäft für sich privat abschließt (1).
- Nein, wurde nicht vereinbart (1), ein gesetzlicher Anspruch besteht nicht (1).
- Nein, Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung (1) des § 490 BGB (1), Verschlechterung der Vermögensverhältnisse (1) des B oder der Werthaltigkeit der Sicherheit (1), die die Rückzahlung des Darlehens gefährden (1), sind nicht eingetreten (1) und drohen auch nicht (1), liegen nicht vor (1).

#### Aufgabe 4

19 P

Die Firma Braun GmbH hat sich darauf spezialisiert, Räumlichkeiten anzumieten, diese für verschiedene Geschäftszwecke – zum Beispiel Bürobetrieb, Verkaufsbetrieb, Produktionsbetrieb – einzurichten und anschließend weiterzuvermieten. Für diese Tätigkeit benötigt sie jeweils zwei Mitarbeiter im Betrieb und in der Buchhaltung. Auf eine Anzeige in einem Fachmagazin bewerben sich insgesamt 15 Interessenten.

Nach mehreren Terminen wählt die Braun GmbH jeweils zwei Mitarbeiter aus. Die Daten der abgelehnten Bewerber möchte sie für eine gewisse Zeit aufheben. Von den vier neuen Mitarbeitern stellt sie jeweils eine Fotografie auf ihrer Internet Seite aus, ohne die neuen Mitarbeiter zu fragen.

Bitte erörtern Sie, ob die von der Firma Braun GmbH durchgeführten Maßnahmen zulässig sind.

## Lösungshinweise

Die Zulässigkeit der Maßnahmen richtet sich nach Art. 88 DS GVO (1), 26 Abs. 1 BDSG (1). Voraussetzung ist, dass ein Beschäftigungsverhältnis (1) vorliegt. Der Begriff des Beschäftigungsverhältnisses beinhaltet auch das vorvertragliche Verhältnis einer Bewerbungsphase (1).

Die Zulässigkeit der Aufbewahrung von Daten abgelehnter Bewerber richtet sich nach § 26 Abs. 1 DS GVO. Es handelt sich um personenbezogene Daten (1), Art. 4 DS GVO (1), die für die Identifizierung einer Person geeignet sind (1). Die Aufbewahrung erfolgt ohne Einwilligung (1) und ist deswegen nur zulässig, wenn sie für die Begründung (1), Durchführung (1) oder Beendigung (1) eines Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist. Hier eventuell Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses (1), wenn hiermit ein eventuell zukünftiges (1) Beschäftigungsverhältnis gemeint ist. Die Aufbewahrung der Daten ist für eine kurze Zeit (1), Art. 5 e DS GVO (1) – nach der Rechtsprechung ca. sechs Monate – zulässig, da möglicherweise einer der erfolgreichen Bewerber die Arbeitsstelle nicht antritt (1) und deshalb kurzfristig ein Ersatz benötigt wird (1). Im Übrigen ist die Verwahrung auch zulässig, wenn eine eventuelle Auseinandersetzung nach dem AGG zu befürchten ist (1). Ein Einverständnis der Beteiligten ist in diesen Fällen nicht erforderlich (1).

## Aufgabe 5

17 P

Rechtsanwalt Rainer Wendig ist schon seit vielen Jahren als Dozent an verschiedenen Hochschulen tätig. Zur Veröffentlichung seines Vorlesungsstoffes sowie von Fallübungen für die Studierenden hat er vor geraumer Zeit eine eigene Website ins Netz gestellt. Ein neidvoller Kollege von ihm, Klaus Schlau, macht Wendig darauf aufmerksam, dass er, Schlau, die Webseite besucht habe und dort leider ein Impressum vermisste. Wendig müsse nicht nur Name, Adresse, Beruf und eine Kommunikationsmöglichkeit angeben, sondern auch die Rechtsanwaltskammer, bei der er zugelassen sei, die von ihm in den beiden Staatsexamen erreichten Prüfungsnoten und zudem seinen Umsatz der letzten drei Jahre, den er als Rechtsanwalt erwirtschaftet habe, bekannt geben.

Rainer Wendig ist der Auffassung, dass er nicht impressumspflichtig sei, da die Webseite von den Besuchern lediglich informativ und somit passiv genutzt werden könne und eigene Veröffentlichungen der Besucher nicht möglich seien.

Bitte erörtern Sie ausführlich, ob und gegebenenfalls welche der infrage stehenden Verpflichtungen von Rechtsanwalt Wendig zu erfüllen sind.

## Lösungshinweise

Rechtsanwalt Wendig unterliegt der Impressumspflicht (1) gemäß § 5 TMG (1), da er unter das Telemediengesetz fällt (1). Das Telemediengesetz gilt für alle elektronischen Information- und Kommunikationsdienste (1), soweit sie nicht Telekommunikationsdienste nach dem Telekommunikationsgesetz (1) (Telefone) oder Rundfunk nach dem Rundfunkstaatsvertrag fallen (1). Über die von Wendig veröffentlichte Webseite kann man nicht telefonieren und auch kein Radio hören bzw. fernsehen (1).

Wendig ist auch Diensteanbieter (1) im Sinne des § 2 Absatz eins Ziffer 1 TMG (1), da er das Telemedium zur eigenen und fremden Nutzung bereithält (1). Ein aktiver Zugriff der Studierenden ist nicht erforderlich (1). Es ist nicht erforderlich, dass Wendig auf der Internetseite seine Dienstleistung als Anwalt anbietet (1).

Der Umfang der Impressumspflicht ergibt sich aus § 5 Abs. 1 Ziffer 5 a und b TMG (1) und beinhaltet Angaben zur Kammer, gesetzlichen Berufsbezeichnung, den Staat, in dem die Berufsbezeichnung verliehen wurde und die Bezeichnung der berufsrechtlichen Regelungen und den Zugang zu ihnen (1), nicht jedoch Angaben zu Prüfungsnoten und dem erzielten Umsatz (1). Vorliegend entfällt die Verpflichtung zur Erteilung dieser zusätzlichen Informationen allerdings, da Rechtsanwalt Wendig bei seiner Tätigkeit als Dozent der Dienst nicht in Ausübung seines Berufs als Rechtsanwalt erbracht wird (1), § 5 Abs. 1 Ziffer 5 TMG (1).