



Martin
Schirnbacher

2. Auflage

Online-Marketing- und Social-Media-Recht

Das umfassende Praxis-Handbuch
für alle rechtlichen Fragen im Marketing



Einleitung

Das Online-Marketing und der E-Commerce beschäftigen unsere Kanzlei schon lange. In unserer täglichen Praxis dreht sich viel um Online-Geschäftsmodelle und Werbung in und mit dem Internet. Viele Mandanten haben Fragen zur rechtlichen Zulässigkeit bestimmter Werbeformen. Jede Woche erstellen wir Shop-AGB und passen Datenschutzerklärungen an. Nahezu täglich beraten wir bei der Vertragsgestaltung bei Marketing-Dienstleistungen.

Die Mandatsarbeit war der Ansporn, dieses Buch zu schreiben – festzuhalten, was in der Praxis an der Tagesordnung ist. Eingeflossen sind unzählige Hinweise, die ich Seminarteilnehmern verdanke. Die Mandatsarbeit ist auch dafür verantwortlich, dass es lange gedauert hat, bis diese zweite Auflage erscheinen konnte. Es waren mehrere Anläufe nötig und mehrfach haben größere Projekte das Manuskript wieder veralten lassen. Jetzt ist alles aus einem Guss und auf dem Stand von Anfang Dezember 2016.

Es war zum Teil nicht einfach, die vielen Facetten der Rechtsprechung in klare Handlungsanweisungen umzumünzen. Der Wunsch nach klaren Ratschlägen mag an der einen oder anderen Stelle zu Lasten der absoluten Exaktheit gegangen sein; für den Juristen ein Gräuel – für den Leser hoffentlich hilfreich.

Dieser Umstand gebietet den Hinweis auf eine Selbstverständlichkeit: Komplexe rechtliche Fragestellungen können nicht in einem Praxis-Handbuch beantwortet werden, sondern bedürfen sorgfältiger juristischer Prüfung im Einzelfall. Jeder Fall – das zeigt die Praxis immer wieder – ist anders. Gesetze, Rechtsprechungspraxis und Behördenübung können sich ändern. Auch das muss bei der Lektüre dieses Buches berücksichtigt werden.

Apropos Rechtsprechung: Der Text lebt von Gerichtsentscheidungen aus der Praxis. Vieles im Bereich des Online-Marketings wird durch Urteile vorgegeben, die die Gesetze auslegen. Auch wenn ich so manche Gerichtsentscheidung im Ergebnis oder in der Begründung für falsch halte, habe ich mich mit Kritik zurückgehalten, weil es um die praktische Darstellung in der Sache geht. Alle zitierten Entscheidungen sind im Anhang mit Aktenzeichen vermerkt, so dass weitergehende Recherche unproblematisch möglich ist.

Das Buch richtet sich an Praktiker im Online-Marketing. Musterleser ist die Kollegin im Marketing eines mittelgroßen Unternehmens, die schnell erkennen möchte, ob eine geplante Marketing-Maßnahme juristische Aufmerksamkeit braucht. Juristische Vorbildung ist nicht notwendig, um sich selbst die wesentlichen Fragen beantworten zu können. An vielen Stellen habe ich vermerkt, ob ich die Hinzuziehung eines Juristen für die Beurteilung eines Sachverhaltes für sinnvoll halte. Das ist natürlich subjektiv und hängt von vielen Faktoren ab. Eine erste Orientierung sollte es aber geben.

Das Feedback zur Erstauflage zeigt im Übrigen, dass auch Juristen einen guten Einstieg in dem Werk sehen. Das gilt für externe Berater genauso, wie für Inhouse-Kollegen.

Aufbau des Buches

Das Buch bearbeitet nacheinander die rechtlichen Aspekte der einzelnen Formen der Online-Werbung. Dem Ganzen vorangestellt ist eine Übersicht von Hauptfehlern rechtlicher Art bei der Online-Werbung, die Verweise auf die einzelnen Kapitel enthält (Kapitel 1), bevor auf die rechtlichen Aspekte der einzelnen Marketing-Formen eingegangen wird.



Übersicht – Aufbau des Buches

- Hauptfehler im Online-Marketing-Recht (Kapitel 1)
- Die Unternehmenswebsite (Kapitel 2)
- Social Media Marketing (Kapitel 3)
- Website-Inhalte und Content Marketing (Kapitel 4)
- Online-Shop (Kapitel 5)
- Web-Analyse (Kapitel 6)
- Werbung auf anderen Websites inklusive Targeting (Kapitel 7)
- Suchmaschinen-Werbung (Kapitel 8)
- Affiliate-Marketing (Kapitel 9)
- E-Mail-Marketing (Kapitel 10)
- Verträge zwischen Dienstleistern und Kunden (Kapitel 11)
- Durchsetzung und Abwehr von Ansprüchen (Kapitel 12)
- Rechtsprechungsübersicht (Anhang A)
- Mustertexte (Anhang B).

Die Unternehmenswebsite (Kapitel 2)

Die Website ist und bleibt Marketing-Instrument Nummer 1 von Unternehmen. Dies gilt inzwischen auch für den berühmten Mittelstand, der sich mit der Digitalisierung angeblich so schwertut. So viel Aufwand bisweilen in Konzept und Gestaltung gesteckt wird, so stiefmütterlich wird zum Teil die rechtliche Seite behandelt. Dabei handelt es sich häufig um Basics: Was gehört in das Impressum? Brauchen wir einen Disclaimer? Was gehört alles in die Datenschutzerklärung? Und brauchen wir Terms of Use?

Deutlich komplexer ist das Domain-Recht. Dabei geht es vor allem um Marken, Namen und das Wettbewerbsrecht. Es ist in der Regel verboten, fremde Marken oder Namen in der eigenen Domain zu führen, wenn der Markeninhaber nicht seine Zustimmung erteilt hat. Die Verwendung von Gattungsbegriffen in Domain-Namen ist dagegen zulässig. Außerdem geht es um den Umfang der Ansprüche und das Dispute-Verfahren.

Social Media Marketing (Kapitel 3)

Kein Bereich hat im Vergleich zur Voraufgabe so an Relevanz gewonnen, wie das Social-Media-Recht. Die Anbieter der sozialen Netzwerke kommen aus den USA, für deutsche

Unternehmen gilt aber deutsches Recht; ein Clash, der nicht nur im Datenschutz zu Herausforderungen führt. Das Kapitel beschäftigt sich einerseits mit den Grundlagen: Account-Name, Impressum oder Preisangaben. Andererseits werden typische Werbeformen in sozialen Netzwerken angesprochen, zum Beispiel Gewinnspiele oder das Influencer-Marketing. Wichtig sind auch (datenschutzrechtliche) Besonderheiten bei Werbeanzeigen in den sozialen Netzwerken.

Der Umgang mit User Generated Content ist gleich in doppelter Hinsicht juristisch relevant: aus urheberrechtlicher Sicht (»Was dürfen wir mit den Inhalten anstellen?«) und unter Haftungsgesichtspunkten (»Müssen wir den Kommentar löschen?«). Hinweise geben dabei häufig Social Media Guidelines in den Unternehmen. Immer häufiger setzen Unternehmen auch auf Social Media Monitoring Tools.

In diesem Kapitel werden auch die unter Datenschutzgesichtspunkten bedenklichen Social Plug-ins behandelt.

Website-Inhalte und Content Marketing (Kapitel 4)

Eine Website lebt von ihren Inhalten und rechtliche Fragestellungen gibt es dabei zuhauf. Werden bei der Einbindung von eigenen oder fremden Inhalten ein Mindestmaß an Sorgfalt und einige rechtliche Regeln beachtet, kann das erhebliche Mühen und Kosten sparen. Bei der Verwendung von Content auf der eigenen Website stellen sich vor allem zwei Fragen: Habe ich als Website-Betreiber das Recht, die Inhalte auf meiner Website zu verwenden? Und inwiefern haftet das Unternehmen, falls sich später herausstellt, dass die Inhalte rechtswidrig sind, zum Beispiel gegen Urheberrechte verstoßen? Dabei ergeben sich gewisse Besonderheiten, je nach eingebundenem Inhalt (Text, Fotos, Musik usw.) und Herkunft der Inhalte (selbst erstellte Inhalte, gekaufter Content, User Generated Content). Die Haftung für Links wird seit Existenz des Internets in Deutschland diskutiert. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs wirft mehr Fragen auf, als sie beantwortet.

Online-Shop (Kapitel 5)

Die rechtlichen Regeln für Shop-Betreiber sind nur noch schwer zu überschauen. Dem Online-Shop ist daher ein eigenes (langes) Kapitel gewidmet. Wer auf seiner Website einen Shop betreiben möchte, muss insbesondere die Vorgaben des Fernabsatzrechts beachten. Das bedeutet vor allem, dass im B2C-Bereich dem Verbraucher ein Widerrufsrecht einzuräumen ist. Dies gilt selbst bei dem Verkauf von E-Books. Daneben existiert eine ganze Reihe von Informationspflichten und Vorgaben zur Ausgestaltung des Check-out-Prozesses. Wichtig sind auch die Vorschriften zum Preisangabenrecht. Theoretisch identisch sind die Vorgaben für den M-Commerce, grundsätzlich anders dagegen der Rechtsrahmen für B2B-Händler. Gänzlich andere (und vielfach unterschätzte) Fragen stellen sich im grenzüberschreitenden E-Commerce.

Web-Analyse (Kapitel 6)

Der Einsatz von Webanalyse-Software ist bei nahezu allen professionellen Websites Standard. Oftmals dient dies der Optimierung der Website, bisweilen auch der Personalisierung

der Werbung oder der Marktforschung. Beim Tracking von Besucherbewegungen auf der Website wirft vor allem der Datenschutz Fragen auf. Grundfrage ist, ob erhobene IP-Adressen Personenbezug haben oder nicht. Die Datenschutzbehörden vertreten hier andere Ansichten als viele Experten. Der EuGH hat ein Urteil gefällt, das beide Meinungen weiter zulässt. Allerdings haben sich über die Jahre Workarounds herauskristallisiert, die insbesondere einen rechtssicheren Einsatz von Google Analytics ermöglichen. Fast noch unklarer ist die Rechtslage zu Cookies. Nicht einmal auf die einfache Frage, ob man auf einer deutschen Website einen Cookie-Banner verwenden sollte, gibt es eine eindeutige Antwort. Eindeutig ist die Rechtslage dagegen bei Auftragsdatenverarbeitungsverträgen mit Tracking-Dienstleistern. Nur halten sich viele Unternehmen nicht daran.

Werbung auf anderen Websites (Kapitel 7)

Es gibt natürlich unzählige Möglichkeiten auf Publisher-Seiten zu werben. Ob Banner, Pop-ups oder Ingame-Advertising: jede Werbform hat rechtliche Besonderheiten. Vielen Publishern ein Dorn im Auge sind AdBlocker, der juristische Kampf dagegen war bisher weitgehend erfolglos. Datenschutzrechtliche Fragen wirft das Targeting auf. Nur wenn dies vollständig pseudonym abläuft, kommt man ohne Einwilligung des Nutzers aus. Besonderheiten bestehen wiederum bei der mobilen Werbung. Kritisch sieht die Rechtsprechung Vorgaben von Herstellern für das Online-Marketing.

Suchmaschinen-Werbung (Kapitel 8)

Das Thema Suche und Recht war in der Vergangenheit unterteilt in SEO und SEA, also die Suchmaschinen-Optimierung und das Keyword-Advertising. Schon länger sind daneben Preissuchmaschinen ein rechtliches Thema. Dabei stellen sich in erster Linie Fragen der Preisangabenverordnung und der Aktualität der Preise. Relativ frisch ist aber der Bereich der Suche in Plattformen. Insbesondere Amazon-SEO wirft gravierende Fragen auf, weil die an sich klaren juristischen Grenzen von SEO und SEA verschwimmen. Die Musik spielt aus rechtlicher Sicht jeweils vor allem im Markenrecht. Insbesondere die Optimierung auf fremde Marken und die Buchung von Marken-Keywords ist aus rechtlicher Sicht problematisch. In jüngerer Zeit nimmt vor allem die Zahl der Klagen wegen irreführender AdWords-Anzeigen zu.

Affiliate-Marketing (Kapitel 9)

Der Grundgedanke beim Affiliate-Marketing ist, dass eine Vergütung nur geschuldet sein soll, wenn der Werbende einen vorab definierten Erfolg erzielt. Rechtlich sind vor allem die vertraglichen Konstellationen wesentlich. In welchem Verhältnis stehen die Beteiligten zueinander? Wann kann ein Publisher eine Provision verlangen? Im Detail tauchen Probleme bei Missbrauch durch Publisher einerseits und Advertiser-Fraud andererseits auf. Schließlich geht es um Haftungsfragen, insbesondere darum, unter welchen Umständen der Advertiser für Handlungen »seiner« Publisher geradestehen muss.

E-Mail-Marketing (Kapitel 10)

Bei den rechtlichen Aspekten der E-Mail-Werbung geht es vor allem um die Einwilligung des Empfängers einer Werbe-E-Mail. Wer muss in welcher Form seine Einwilligung in die Übersendung von Werbung erklären? Braucht man für jeden Newsletter ein Double-Opt-in? Welche Besonderheiten müssen bei der Abbestellung beachtet werden? Die Rechtsprechung meint es nicht gut mit den Werbetreibenden. Ob Empfehlungsmarketing, Werbung in Transaktions-E-Mails, Feedback-Anfragen oder Reminder an Warenkorbabbrecher: die Tendenz geht zur Unzulässigkeit der E-Mail, falls keine ausdrückliche Einwilligung des Empfängers vorliegt. Das gilt für Bestandskunden genauso wie für potenzielle Käufer und für B2C genauso wie für B2B.

Bei der Personalisierung von Newslettern und der Marketing-Automation stellen sich vor allem datenschutzrechtliche Fragen. Die Anforderungen für eine rechtlich saubere Generierung von Adressen für die E-Mail-Werbung sind hoch. Viele Versprechungen insbesondere im Bereich des Co-Sponsoring lassen sich in Ansehung der strengen Rechtsprechung kaum halten.

Verträge zwischen Dienstleistern und Kunden (Kapitel 11)

Ein ganzes Kapitel ist der Vertragsgestaltung gewidmet. Spätestens hier wird deutlich, dass das Recht auch für Online-Werber in erster Linie gestalterische Aufgaben mit sich bringt. Das Kapitel soll verdeutlichen, dass Unstimmigkeiten über korrekte Leistungserbringung durch kluge Vertragsgestaltung minimiert und Lösungsmöglichkeiten schon in gescheiterten Verträgen angelegt sein können. In der Online-Branche ist es üblich, dass um vertragliche Vereinbarungen nicht viel Aufhebens gemacht wird. Dies geht jedoch häufig genug schief – oftmals zu Lasten beider Parteien. Dieses Kapitel hebt die Bedeutung einer guten Leistungsbeschreibung hervor und zeigt Standardinhalte in Online-Verträgen auf. Anschließend werden typische Probleme einzelner Verträge aus dem Online-Marketing-Bereich besprochen.

Durchsetzung und Abwehr von Ansprüchen (Kapitel 12)

Lästig aber wichtig: die Durchsetzung bzw. Abwehr von Ansprüchen, je nachdem, auf welcher Seite man gerade steht. Der Regelfall ist, dass sich Unternehmen im Laufe der Zeit auf beiden Seiten wiederfinden werden. Schon das zeigt, die verrufene Abmahnung ist weder böse noch muss sie ein Weltuntergang sein. In diesem Kapitel wird beschrieben, was eine Abmahnung ist, wie man sie einerseits sinnvoll einsetzen kann und was andererseits zu tun ist, um sich gegen sie zur Wehr zu setzen. Es werden konkrete Handlungsempfehlungen gegeben, wie Rechtsverstöße verfolgt werden können und was zu tun ist, wenn – versehentlich oder kalkuliert – gegen geltendes Recht verstoßen wurde.

Rechtsprechungsübersicht (Anhang A)

In diesem Annex finden Sie ein Kompendium der in dem Buch beispielhaft zitierten Gerichtsentscheidungen. Der Anhang enthält eine Sammlung der in den einzelnen Kapi-

teln besprochenen Urteile. Dabei wird jeweils die wesentliche Aussage der Urteile zusammengefasst. Die Entscheidungen sind in der Reihenfolge aufgelistet, wie sie in den Kapiteln erwähnt sind. Die Ordnungsziffern am Anfang sollen Ihnen das Auffinden erleichtern. Dabei bezeichnet die erste Ziffer die Nummer des Kapitels und die zweite Ziffer die laufende Zahl der Urteile in dem jeweiligen Kapitel. Wiedergegeben sind hier jeweils nur Datum und Aktenzeichen sowie ein Leitsatz zu jedem einzelnen Gerichtsurteil. Auf der Website zum Buch, www.online-marketing-recht.de, finden Sie Links zu den Volltexten der Urteile für weitergehende Recherchen.

Mustertexte (Anhang B)

Das Buch schließt mit Mustertexten für die tägliche Praxis. Enthalten sind Muster, die einerseits in der Praxis häufig benötigt werden und andererseits wenigstens dem Grunde nach geeignet sind, als Standard veröffentlicht zu werden. Die Muster bieten eine rechtliche Absicherung, können jedoch nur im Ausnahmefall unverändert eingesetzt werden. Zu den Mustertexten gehören verschiedene AGB für Online-Shops oder -Plattformen, eine Datenschutzerklärung, aber auch Teilnahmebedingungen für ein Facebook-Gewinnspiel. Auch kleinere Abreden mit Content-Lieferanten (Texter, Fotografen) sind enthalten. Sie finden einen Standard für einen Auftragsdatenverarbeitungsvertrag ebenso wie einen SEO-Vertrag und Teilnahmebedingungen am Partnerprogramm eines Advertisers. Die Muster finden sich zum Download auch unter www.online-marketing-recht.de.

Danksagung

Die Zweitaufgabe hat sich hingezogen. Ohne großartige tatkräftige Hilfe wäre sie noch immer nicht fertig. Insofern gilt mein Dank allen Kolleginnen und Kollegen bei HÄRTING Rechtsanwälte und ganz besonders Corinna Grasmück und Philip Freytag.

Follow Up

Online-Marketing ist sehr dynamisch. Das gilt auch für die rechtlichen Aspekte. Aus diesem Grund finden Sie unter www.online-marketing-recht.de aktuelle Hinweise zu den Inhalten dieses Buches. Dort gibt es neuere Urteile, Checklisten und Vertragsmuster, die den Rahmen des Buches sprengen würden. Nicht nur dort, sondern auch unter schirmbacher@haerting.de haben Sie Gelegenheit, mir Ihr Feedback mitzuteilen. Ich freue mich über jede Kritik.

Stets auf dem Laufenden bleiben Sie, wenn Sie dem Buch (twitter.com/omr_buch) und/oder mir (twitter.com/mschirmbacher) auf Twitter folgen.

Berlin, im Dezember 2016

Martin Schirmbacher