

die Äußerung getätigt hat. Unternehmen sind allenfalls dann passivlegitimiert, wenn deren Geschäftsführer sich **erkennbar im Namen des Unternehmens** äußert.

Beraterhinweis

Gerichtliche Verfahren im Äußerungsrecht haben nur dann Aussicht auf Erfolg, wenn falsche Tatsachenbehauptungen angegriffen werden, bei Meinungsäußerungen tatsächlich die Schwelle zur Schmähkritik überschritten ist oder es für eine geäußerte und einen anderen belastende Meinung keinerlei Bezugspunkte gibt.

Vor Erhebung einer Klage sollten daher diese Punkte sehr genau geprüft werden. Ferner ist zu beachten, dass Beklagter im Äußerungsrecht in der Regel nur derjenige sein kann, der die Äußerung getätigt hat. Ein Geschäftsführer handelt im Äußerungsrecht nicht automatisch für das von ihm geführte Unternehmen, wenn dies aus der Äußerung nicht erkennbar wird. Dies muss bei der Auswahl der Beklagten berücksichtigt werden.

RA Dr. Kay Oelschlägel, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Hamburg

Beiträge für die Beratungspraxis

IT-Rechtsfragen aus der Praxis

Daten- und Rechtemanagement in agilen Strukturen – Integration der rechtlichen Anforderungen durch kollaboratives Arbeiten

Prof. Dr. Beatrix Weber, MLE*

Agile Prozesse verändern nicht nur Unternehmen, sondern auch die Rechtsanwendung und Rechtsberatung. Waren bisher Beratungs- und Produktentstehungsprozess getrennt und oft sequentiell, braucht agiles Projektmanagement nun „agile Juristen“. Denn im Projektverlauf veränderbare Sachverhalte erfordern eine laufende rechtliche Adaption. Datenschutz und Datenmanagement agil zu gestalten, wird durch die Methode des Legal Process Modeling möglich. Der Jurist wird zum Legal Team Member und arbeitet kollaborativ und prozessintegrativ an derselben Aufgabe wie die anderen Teammitglieder mit dem Ziel, den Prozess technisch exzellent und rechtskonform zu gestalten.

1. Agile Strukturen und kollaboratives Arbeiten

Das Projektmanagement war lange Zeit von der Perspektive der technischen Machbarkeit und der ökonomischen Kostenkontrolle geprägt. Prozessorganisation erfolgte im Wesentlichen durch vorausschauende Planung, die dann als Basis für eine rechtliche Einschätzung diente. Traditionelle Projektplanung und Prozesse hatten eine Qualitätssicherung aufgrund gleichmäßiger Prozessausführung zum Ziel, die aus rechtlicher Sicht mit nachweisbaren Prozessen nur ausnahmsweise Ausreißer beinhaltete. Schnell veränderbare technische Anforderungen und nicht zuletzt lernende Systeme mit KI erfordern eine Weiterentwicklung dieser Ansätze. Agile Strukturen sind durch veränderbare Bedingungen und die Steuerung von Unsicher-

heit gekennzeichnet.¹ Ein Beispiel zum Vorgehen in agilen Strukturen ist **Scrum** als Prozessmodell der agilen Softwareentwicklung.² Bei Scrum startet das Projekt mit der **Initialisierung und Produktkonzeption**, um dann in vorgeplanten Zeitabständen (Timeboxes) Iterationen und sog. **Sprints** einzubauen. Die Teams entwickeln und testen in diesen Phasen eigenständige Lösungen, die im nächsten Zyklus auf Basis der Erkenntnisse angepasst werden. Die drei internen Rollen von Scrum umfassen den Product Owner, das Team und den Scrum Master. Während der Product Owner das Projekt fachlich und inhaltlich steuert, ist der Scrum Master als Methodenspezialist für das reibungslose Arbeiten des Teams im überfachlichen Teil verantwortlich. Externe Rollen sind der Kunde, Anwender und das Management.³ **Kollaboratives Arbeiten** ist durch

* Die Autorin ist Leiterin der Forschungsgruppe Recht in Nachhaltigkeit, Compliance und IT an der Hochschule für Angewandte Wissenschaften Hof, Institut für Informationssysteme (iisys). Beitrag zum 7. Deutschen IT-Rechtstag am 23./24.4.2020 in Berlin.

1 Müller, <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/agile-managementmethoden-54468/version-277497>, alle Zugriffe im Folgenden am 9.3.2020.

2 <https://agilemanifesto.org/iso/de/principles.html>.

3 Kuster et al., Handbuch Projektmanagement, Agil-Klassisch-Hybrid, 4. Aufl. 2019, S. 21; Siepermann, <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/scrum-53462/version-276551>.

die gemeinsame Arbeit an einem Thema oder einer Aufgabe gekennzeichnet. Anders als beim kooperativen Arbeiten, bei dem Teile von Themen bzw. Aufgaben von unterschiedlichen Projektmitglieder zumeist parallel bearbeitet werden, die sich dann an ihren Schnittstellen abstimmen, arbeiten die Teammitglieder kollaborativ fortlaufend am gemeinsamen Thema.

2. Datenschutz und Datenmanagement in kollaborativen Strukturen

Datenschutzrechtlich ist zunächst festzustellen, wer Verantwortlicher der Datenverarbeitung in kollaborativen Strukturen ist. **Gemeinsame Verantwortung** gem. Art. 26 DSGVO liegt vor, wenn Zwecke und Mittel der Verarbeitung gemeinsam festgelegt werden. Hierfür ist ein aktives Einwirken, wissentliches Einbinden oder Ermöglichen im Sinn eines kausalen Beitrags, verbunden mit einem Eigeninteresse, erforderlich. Die Akteure können in verschiedenen Phasen und in unterschiedlichem Ausmaß in die Festlegung einbezogen sein. Keine Verantwortlichkeit besteht für vor- oder nachgelagerte Vorgänge in der Verarbeitungskette, für die der Verarbeiter weder Zweck noch Mittel festlegt.⁴ Kollaborative Strukturen und gemeinsame Verantwortung sind kein zwingender Konnex, auch wenn die Begriffe dies suggerieren. Ob eine gemeinsame Verantwortung vorliegt, hängt vom gewählten Rollenkonzept ab. Für die Berücksichtigung der Grundsätze der **Privacy-by-Design**, Art. 25 bzw. 32 DSGVO, bestehen in agilen kollaborativen Strukturen ganz besondere Herausforderungen, da sich in agilen Strukturen die Anforderungen und Lösungen unter Nutzung von personenbezogenen Daten fortlaufend ändern können. Für den Schutz personenbezogener Daten wird die Datenschutzkonzeption regelmäßig als „Living Document“ geführt. Nicht nur zu Beginn des Projekts, sondern immer wieder im Verlauf ist zu prüfen, welche Daten und Datenbestände bereits vorhanden und in wessen Hoheit sind und welche Daten wem und wie zugänglich gemacht werden sollen. Da die Rechtsnatur der Daten nach wie vor ungeklärt ist, sollten die Daten und Datenbeständen in agilen Projekten nach Inhaberschaft und nach Verfügungsmacht bzw. Hoheit über die Daten gekennzeichnet werden. Diese **Kennzeichnung** ist in kollaborativen Strukturen umso wichtiger, als das Team eigenständig erkennen können muss, welche Datenbestände wie verwendet werden dürfen. Alternative wäre eine immer wiederkehrende Prüfung von identischen Datenbeständen für jedes Teammitglied, was unnötigen Aufwand erzeugt. Zum Projektdesign gehört auch, dass die Teammitglieder die Behandlung und Nutzung der Daten in der Projektentwicklung verstehen, um die Abgrenzung von unstrukturierten Daten, die Filterung nach Strukturen und Merkmalen und die Aufnahme in eine Datenbank im Rechtssinn gem. §§ 87a ff. UrhG zuordnen und so die technischen Voraussetzungen der Rechte auf Auskunft und Portabilität, z.B. gem. Art. 15 und Art. 20 DSGVO, in der Programmierung schaffen zu können.

3. Rechtemanagement beim kollaborativen Arbeiten

Wer bei kollaborativer Programmierung tatsächlich die geistige Leistung gem. §§ 69a ff. UrhG erbringt, wird sich oft nur schwer feststellen lassen. Die Softwareentwickler sind in diesem Fall Miturheber gem. § 8 Abs. 1 UrhG, deren Anteile sich nicht gesondert verwerten lassen. Die bloße Gehilfenschaft bildet den (schöpferischen) eigenständigen Gestaltungsspielraum der Softwareentwickler zur Erreichung des Projektziels gerade in agilen Projekten mit bestehenden Unsicherheiten und veränderlichen Bedingungen nicht ab. Soweit ein Team einem Auftragnehmer als Arbeitgeber zugeordnet ist, stehen diesem die Nutzungsrechte gem. §§ 31, 69b, 43 UrhG zu.⁵ Besteht das Team aus diversen externen und selbstständigen (Unter-) Auftragnehmern, ist mit jedem gesondert ein Übertragungsvertrag zu schließen, was das Handling deutlich aufwendiger macht. Soweit an den genutzten Daten sonstige Rechte des geistigen Eigentums wie Leistungsschutzrechte oder gewerbliche Schutzrechte bspw. an Konstruktionsdaten, technischen Lösungen, Fabrikationsdaten, Protokoll- und Konfigurationsdaten oder an Sensordaten bestehen, sind diese entsprechend zu kennzeichnen, um sie für das Projekt rechtmäßig nutzbar zu machen. Weiterhin ist die technische Infrastruktur rechtlich zu regeln: Welche Software wird für das Projekt verwendet, welche Dateiformate, wie sieht die Speicherung, z.B. in Cloud-Lösungen, aus. Hier ist daran zu denken, dass in kollaborativen Arbeitsstrukturen mit externen Teammitgliedern entsprechende Lizenzen zu nehmen sind.

Während bei kooperativen Modellen die Arbeitspakete nach Rolle und Kompetenz verteilt werden, muss beim kollaborativen Arbeiten immer ein **Rechte-Rollen-Konzept** hinterlegt werden, da gemeinsam an einer Aufgabe gearbeitet wird. Bei der Integration der rechtlichen Anforderungen sollte klar zugeordnet sein, wer aussageberechtigt und kompetent zum relevanten Stand der Technik ist und wer die rechtliche Beurteilung hierzu einarbeitet. Weiterhin muss für den Fortgang der Entwicklung klar definiert sein, wer entscheidet, welcher Belang wie zu werten und zu gewichten ist. Agile Projekte erfordern darüber hinaus auch **agile Nutzungskonzepte**. Die Einholung von Nutzungsrechten für das Projekt bzw. die künftigen Anwendungen kann in einem Projektabschnitt sinnvoll, beim Review des Sprint Backlogs aber schon wieder überholt sein. Fehlende Rechte können sich zum Job Stopper für das gesamte Projekt entwickeln. Mit der Änderung von Anforderungen kann sich jederzeit auch die Rechtesituation verschieben. Im Softwareentwicklungsbereich bietet sich daher auf den ersten Blick Open Source Software (OSS) als Lösung an. Ob jedoch die Einbindung der OSS

4 EuGH v. 29.7.2019 – C-40/17 – Fashion-ID, ZD 2019, 455 f. = CR 2019, 574 m. Anm. *Schleipfer*.

5 Zu Einzelheiten der urheberrechtlichen Würdigung *Hoeren/Pirelli*, MMR 2019, 779 f. m.w.N.

nach den Nutzungsbedingungen compliant ist, muss mit Aufwand jedes Mal geprüft werden.⁶

4. Vertragsgestaltung und Haftung

Nicht nur bei Softwareentwicklungsverträgen, sondern Verträgen allgemein zur Gestaltung von Projekten wurde lange Zeit das Augenmerk auf die Erstellung von **Lasten- und Pflichtenheften** gelegt. Diese sollten den zu erbringenden Erfolg definieren und damit zu einer Einordnung des Vertrags als Werkvertrag führen. Schon in der Vergangenheit war es ratsam, die Beschreibung der Leistung an **Funktionalitäten** des Produkts oder der Dienstleistung auszurichten und dem Auftragnehmer einen gewissen Spielraum zur fachlichen Ausführung zu lassen, da es andernfalls bei zu engen Vorgaben und einer bloßen „Abarbeitung“ durch den Auftragnehmer zu einer Rückverlagerung der Haftung auf den Auftraggeber kommen konnte. Umgekehrt war bereits in der Vergangenheit bei einer bloßen funktionalen Beschreibung auf die Übertragung der gewerblichen Schutzrechte und der Nutzungsrechte am geistigen Eigentum in der Beauftragung bzw. im Rahmenvertrag besonderes Augenmerk zu legen. Denn zum einen ist der Anregende aus dem Kick-off-Meeting, Briefing oder Lastenheft mit langer Branchen- oder Produkterfahrung eben nicht Urheber. Zum anderen müsste sich die schöpferische Leistung des potentiellen Miturhebers aus dem Unternehmen des Auftraggebers auf die Erfindung bei technischen Bereichen oder die Programmierung bei Software beziehen. Rein konzeptionelle Vorgaben betriebswirtschaftlicher oder sonstiger Art scheitern daran, dass sie keine Programmierleistung gem. § 69a UrhG darstellen. Geschützt können allerdings Vorstufen der Programmierleistung wie die Darstellung der Programmierung als Flussdiagramm sein.⁷ Ein Miturheberrecht der Mitarbeiter des Auftraggebers, das diesem dann gem. §§ 31, 69b, 43 UrhG zustünde, könnte entstehen, wenn der zu programmierende Work-Flow komplett im Vorhinein mittels eines Prozessstools abgebildet wäre, was gerade bei agilem Arbeiten aber nicht der Fall ist.

Der im Unternehmensalltag seit vielen Jahren brauchbare Ansatz der funktionellen Leistungsbeschreibung kommt daher auch beim agilen Projektmanagement zum Tragen. Die Leistung muss nicht von Anfang an im Detail nach Weg und Mittel zur Ausführung dargestellt werden, sie sollte es sogar gar nicht. Stattdessen sollte das Projektziel in einem **Konzept** für die Nutzung der Produkte oder Dienstleistungen konkretisiert werden. Die Nutzung sollte durch die Beschreibung der Funktionalitäten und wesentlichen Leistungsmerkmale erfasst werden. Ihre Ausführung und Umsetzung ergeben sich dann im Projektverlauf im Wechselspiel der inhaltlichen Anforderungen und technischen Ausführbarkeit. In der Scrum-Welt ist das Projektziel im initialen Product Backlog zu definieren und die Nutzeranforderungen in User Stories⁸ zu fassen, um dann in den Sprints Lösungen (Inkrementen) durch das Team zu entwickeln zu können. Nach dem Sprint Review werden diese dann im nächsten Zyklus erneut überarbeitet.⁹

Der häufig beschworene Gegensatz zwischen dem bereits im Planungsstadium festzulegenden Lasten- und Pflichtenheft und der Flexibilität von agilen Strukturen in der Ausführung ist daher in der Praxis auflösbar.¹⁰ Dieses Vorgehen sichert auch eine hohe Kundenakzeptanz. Dem Kunden ist in der Regel wichtiger, was das Produkt oder die Dienstleistung kann und nicht, auf welchem Weg der Programmierung oder Konstruktion die Funktionalität erreicht wurde. Auch die Einordnung als Werk- oder Dienstvertrag¹¹ verliert an Schärfe, wenn die einzelnen Sprints als Projektabschnitte mit „Definitions of Done“ und einer (Teil-)abnahme verknüpft werden.¹² Dies ist allerdings in Projekten kontraproduktiv, bei denen die Umsetzung am Beginn und auch während des Projektverlaufs sehr vage ist und es noch zu grundlegenden Änderungen der Anforderungen an die Umsetzung kommen kann.

Wichtig ist, eine möglichst streitvermeidende Abwicklung durch Transparenz der Haftung anzustreben, die auf einem gemeinsamen Verständnis des Kunden (oft Product Owner) und des Auftragnehmers (Team und Scrum Master) von der Übereinstimmung des Produkts bzw. der Dienstleistung mit der Produkt-/Dienstleistungsbeschreibung und damit Fehlerfreiheit beruht. Ebenso ist die Klärung des Rechtsmanagements als laufende Aufgabe zu begreifen. Auch wenn die Mitarbeiter des Auftraggebers als Teammitglieder ggf. in die Miturheberrolle einrücken können,¹³ ist im Sinne der Streitvermeidung eine umfassende Rechterege lung bei Beauftragung erforderlich.

5. Compliance und Legal Process Modeling als Lösung

Auch in agilen Strukturen ist Compliance als rechtliches Risikomanagement fortlaufend notwendig. Geschäftsprozesse werden in der Prozessmodellierung um das Legal Process Modeling ergänzt.¹⁴ Neu ist hieran die Veränderung der rechtlichen Perspektive. Statt einer Berater- wird eine Teamrolle eingenommen. Der „**agile Lawyer**“¹⁵ wird

6 <https://www.gnu.de//documents/gpl.de.html>; OLG Hamm v. 13.6.2017 – 4 U 72/16, GRUR-RR 2017, 421, 424 = CR 2017, 783 m. Anm. Eickemeier/Keppeler = ITRB 2017, 234; sehr instruktiv zum Ganzen Schöttle, Collaborative Clearing bei Open-Source-Software, DSRITB 2018, S. 651, 65.

7 OLG Köln v. 8.4.2005 – 6 U 194/04, ZUM-RD 2005, 333, 335 = CR 2005, 624; Hoeren/Pinelli, MMR 2019, 779 f.

8 User Stories sollen dem Lasten- und Pflichtenheft entsprechen: Hoeren/Pinelli, MMR 2019, 779, 782.

9 Kuster et al.: Handbuch Projektmanagement, Agil-Klassisch-Hybrid, 4. Aufl. 2019, S. 21; Kühn/Weaver, BB 2019, 2485, 2487.

10 I.E. ebenso Hoeren/Pinelli, MMR 2018, 199, 201.

11 Offen gelassen von OLG Frankfurt v. 17.8.2017 – 5 U 152/16, BeckRS 2017, 128017 = CR 2017, 639 = CR 2017, 646 = ITRB 2017, 231; anders noch die Vorinstanz LG Wiesbaden v. 30.11.2016 – 11 O 10/15, MMR 2017, 561 = CR 2017, 298 = ITRB 2017, 36, die noch einen Werkvertrag angenommen hatte.

12 Bortz, MMR 2018, 287, 290; Hoeren/Pinelli, MMR 2018, 199, 202, mit Einzelheiten zur Abnahme.

13 Hoeren/Pinelli, MMR 2019, 779, 781.

14 Begriff wurde erstmals im Projekt sd-kama 2018 von der Autorin geprägt, <http://sd-kama.de>.

15 Kühn/Weaver, BB 2019, 2485, 2489.

Teil des interdisziplinären Teams. Die juristischen Anforderungen werden kollaborativ im Team mit den anderen Teammitgliedern wie alle anderen fachlichen Gesichtspunkte eingebracht, indem die User Stories kollaborativ bearbeitet werden. Gerade im Datenschutz sind die Be-

troffenenrechte hier als Nutzerperspektive essentiell. Das kollaborative Arbeiten ermöglicht daher über die kooperative Zusammenarbeit hinaus die Integration der rechtlichen Anforderungen in agile Strukturen.

Arbeiten mit und als „Corporate Influencer*in“

Eine Büchse der Pandora mit Kennzeichnungs-, Impressums-, Datenschutz- und Haftungs-pflichten

Dr. Thomas Schwenke*

*Als Influencer*innen werden Personen bezeichnet, die über eine meinungsbeeinflussende Präsenz in sozialen Medien verfügen und daher von Unternehmen als Fürsprecher für deren Produkte beauftragt werden. Statt sich nur auf betriebsfremde Influencer*innen zu verlassen, setzen Unternehmen zunehmend auch eigene Mitarbeiter*innen als „Corporate Influencer*innen“ ein. Doch was zunächst Vorteile in Form von inhaltlicher Kontrolle und Kostenersparnissen bringt, führt zugleich zu einer Reihe von wettbewerbs- sowie datenschutzrechtlichen Folgen und Risiken. Da diese auch die Corporate Influencer*innen selbst betreffen, müssen Arbeitgeber*innen schon aufgrund ihrer Fürsorgepflichten im Vorfeld aktiv Vorkehrungen treffen.*

1. Geschäftlicher Charakter der Betätigung von Influencer*innen

Das „Influencer*innen-Marketing“ ist zwar eine vergleichsweise neue Art des Marketings, die jedoch bereits häufiger Gegenstand von Gerichtsverfahren war.¹ Dabei besteht Einigkeit dahingehend, dass Influencer*innen, die von Unternehmen unmittelbar oder mittelbar Entgelte für die Vorstellung von Unternehmen oder Produkten auf ihren Kanälen erhalten, geschäftlich handeln. Infolgedessen müssen sie den kommerziellen Charakter ihrer Beiträge erkennbar machen, was im Regelfall mit **Hinweisen wie „Werbung“ oder „Anzeige“** zu Beginn der Beiträge geschieht. Die Rechtsprechung legt zum Schutz der Verbraucher*innen einen strengen Maßstab an. Dies ist nachvollziehbar, da durch Influencer*innen vermittelte Werbebotschaften gerade deswegen so effektiv sind, weil sie auf Rezipient*innen wie persönliche und unbeeinflusste Ansichten wirken.

2. Geschäftlicher Charakter der Betätigung von Corporate Influencer*innen

Die Kriterien, aufgrund derer Social-Media-Beiträge (z.B. veröffentlichte Textbeiträge, Fotografien oder Videos) und Social-Media-Profilen (nachfolgend kurz „Profile“) von Influencer*innen als geschäftlich eingestuft werden, können auch auf „Corporate Influencer*innen“ übertragen werden.² Sie **fördern den Absatz** ihrer Arbeitgeber*innen, von denen sie mit dem Arbeitslohn ein Entgelt erhalten, ebenfalls. Aus der Sicht der Rezipient*innen der Beiträge

macht es wiederum keinen Unterschied, ob die geschäftliche Beeinflussung durch beauftragte oder angestellte Influencer*innen erfolgt.

Neben den wettbewerbsrechtlichen Folgen ist diese Einstufung auch für die Anwendbarkeit der **DSGVO** maßgeblich. Denn nur die Ausübung ausschließlich persönlicher und familiärer Tätigkeiten ist von ihrem Anwendungsbereich ausgenommen (sog. Haushaltsprivileg, Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO). Diese Grenze wird überschritten, wenn Beiträge nicht lediglich eigenberuflicher Natur sind (z.B. nur die eigene Karriere, Weiterbildung, persönliche Erfahrungen oder persönliche Beziehung zu anderen Arbeitnehmerinnen betreffen), sondern die Förderung der Interessen des*der Arbeitgebers*in zumindest eine Mitmotivation darstellt.³

Damit werden z.B. Beiträge oder das Teilen von Beiträgen des*der Arbeitgebers*in, die ihn*sie selbst, seine*ihre Produkte, Aktionen, Angebote, Kampagnen, etc. betreffen, geschäftlicher Natur sein. Ferner führt die Nutzung des Profils von Corporate Influencer*innen als Kanal für geschäftliche Beiträge dazu, dass auch das Profil einen geschäftlichen Charakter erhält.

3. Wettbewerbsrechtliche Folgen

Handeln Corporate Influencer*innen geschäftlich, müssen sie für die Erkennbarkeit des geschäftlichen Handelns sorgen (§§ 5a Abs. 6 UWG, 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG).

* Dr. Thomas Schwenke, LL.M. (Auckland), Dipl.FinWirt(FH), berät als Rechtsanwalt Unternehmen im Marketingrecht und Datenschutz, wurde mit dem Wissenschaftspreis 2017 der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit ausgezeichnet und ist Gründer der Plattform datenschutz-generator.de. Beitrag zum 7. Deutschen IT-Rechtstag am 23./24.4.2020 in Berlin.

1 U.a. OLG Frankfurt v. 23.10.2019 – 6 W 68/19, GRUR 2020, 208 = ITRB 2020, 6; KG v. 8.1.2019 – 5 U 83/18, GRUR 2019, 543 = CR 2019, 170 = ITRB 2019, 83; OLG Celle v. 8.6.2017 – 13 U 53/17, GRUR 2017, 1158 = ITRB 2017, 254; LG München I v. 29.4.2019 – 4 HK O 14312/18, GRUR-RR 2019, 332.

2 Vgl. LG Freiburg v. 4.11.2013 – 12 O 83/13, GRUR-RR 2014, 256 = ITRB 2014, 80.

3 Vgl. *Simittis*, DSGVO, 2019, Art. 2 Rz. 29 m.w.N.