

IP/IT (Intellectual Property/Information Technology)

Microsoft vs. US-Regierung: Keine Verpflichtung zur
Herausgabe personenbezogener Daten

Die NIS-Richtlinie und ihre Auswirkungen auf das IT-
Sicherheitsgesetz

Die Farbmarke „Rot“ der Sparkassen bleibt bestehen

Ad Blocker mit White List-Funktion als aggressive Geschäftspraxis

Haftung von Online-Händlern wegen Fehlern auf der
Verkaufsplattform

Weitere Themen im Innenteil

Microsoft vs. US-Regierung: Keine Verpflichtung zur Herausgabe personenbezogener Daten

Auf den Punkt.

Microsoft ist nicht verpflichtet, Nutzerdaten, die sich auf Servern des Unternehmens außerhalb der Vereinigten Staaten befinden, an die US-Regierung herauszugeben. Das hat der US Court of Appeals for the 2nd Circuit in New York im nunmehr beendeten Berufungsverfahren (Aktenzeichen 14-2985) entschieden. Auch deutsche Anwender von Microsoft Produkten können nun von einem besseren Schutz ihrer Daten ausgehen. Allerdings plant die US-Regierung als Reaktion auf das Urteil bereits eine Gesetzesänderung.

Hintergrund

Die Sicherheitsbehörden hatten Grund zu der Annahme, dass ein Email-Postfach, welches von Microsoft Ireland betrieben wurde, zum Drogenschmuggel eingesetzt wurde. Auf Antrag der Sicherheitsbehörden hatte der United States District Court for the Southern District of New York am 4. Dezember 2013 eine Verfügung ("Search and Seizure Warrant") gegen die Microsoft Corporation in Redmond erlassen. Microsoft wurde dadurch verpflichtet, den Inhalt eines Email-Postfachs, welches Microsoft für einen Kunden betrieb, an die Behörden der Vereinigten Staaten herauszugeben. Microsoft kam der Anordnung nur in Teilen nach und übergab lediglich Informationen über das Postfach, die auf den US-Servern des Unternehmens gespeichert waren. Inhaltsdaten übergab Microsoft nicht, denn diese waren auf Servern in Irland gespeichert, die von dem Tochterunternehmen Microsoft Ireland betrieben werden. Microsoft argumentierte, dass Microsoft durch die Anordnung gezwungen würde, Daten von Servern, die sich außerhalb der Vereinigten Staaten befinden, zu importieren, um diese an die Behörden zu übergeben. Die Anordnung beziehe sich aber nur auf das Territorium der Vereinigten Staaten. Eine extraterritoriale Wirkung in anderen Ländern entfalte sie nicht.

Die Behörden traten dieser Argumentation entgegen. Es komme nicht darauf an, wo die Informationen räumlich gespeichert sind. Ausschlaggebend sei allein, ob der Adressat einer solchen Anordnung Besitz oder Kontrolle ("custody, possession or control") über diese Informationen habe. Diese Anforderungen wurden in der Vergangenheit stets sehr weit ausgelegt, so dass bereits die faktische Möglichkeit zum Zugriff oder ein gesellschaftsrechtliches Weisungsrecht als ausreichend erachtet wurde.

Die Entscheidung

Das Berufungsgericht urteilte nun, dass das Gesetz, auf das die Behörden ihre Herausgabeverlangen stützten (18 U.S.C. §§ 2701 "Stored Communications Act" aus dem Jahr 1986 als Teil des "Electronic Communications Privacy Act") u.a. auf den Schutz der Privatsphäre zwischen Nutzer und IT-Service Provider abziele. Als diese Gesetze erlassen wurden, war das Internet noch nicht globalisiert und die Datenverarbeitung über Grenzen hinweg eher die Ausnahme als die Regel. Aus dem Gesetz könne daher, weder ausdrücklich noch implizit, gefolgert werden, dass es auch außerhalb des Gebietes der USA, also extraterritorial, zur Anwendung kommen soll. Im Ergebnis stellte das Gericht damit fest, dass das erstinstanzliche Gericht (United States District Court for the Southern District of New York) nicht autorisiert war, die Herausgabeanordnung auch außerhalb der Vereinigten Staaten durchzusetzen. Die Informationen, die Microsoft in den Vereinigten Staaten gespeichert hat, hatte Microsoft bereits herausgegeben und war damit der Anordnung im rechtlich zulässigen Umfang vollumfänglich nachgekommen. Damit folgte das Gericht der Argumentation von Microsoft.

Unser Kommentar

Das Urteil des Berufungsgerichts schafft Klarheit über den Umgang mit Kundeninformationen bei US Service Providern. Deshalb wurde es auch von deutschen Nutzern mit Spannung erwartet. Die Entscheidung dürfte insbesondere auch für das neue Geschäftsmodell von Microsoft "Deutsche Cloud" und dessen Datentreuhand-Konstruktion gewichtige Argumente liefern. Denn die Datentreuhand beruht darauf, dass es für die Datenherausgabe primär auf die Einhaltung deutscher Gesetze ankommt.

Die NIS-Richtlinie und ihre Auswirkungen auf das IT-Sicherheitsgesetz

Auf den Punkt.

Dem IT-Sicherheitsgesetz steht kurz nach seinem Inkrafttreten im Juli 2015 bereits eine Änderung bevor. Die europäische NIS-Richtlinie (NIS-RL) wurde im Juli 2016 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht und muss nun bis zum Mai 2018 in nationales Recht umgesetzt werden. Zwar wurden im IT-Sicherheitsgesetz große Teile der Anforderungen aus Brüssel bereits im Vorhinein erfüllt, jedoch werden punktuell Gesetzesänderungen notwendig sein, um die Sicherheit kritischer Infrastrukturen europarechtskonform zu gestalten.

Hintergrund der Regelung

Der Grund für die nationalen wie auch internationalen Gesetzgebungsinitiativen zur Erhöhung der IT-Sicherheit ist der starke Einfluss von IT-Systemen auf die Grundversorgung der Bevölkerung und die Handlungsfähigkeit staatlicher Institutionen einerseits, sowie das hohe Risiko, das von kriminellen Handlungen für solche Infrastrukturen andererseits ausgeht. Nachdem das IT-Sicherheitsgesetz bereits nationale Sicherheitsanforderungen für die Betreiber kritischer Infrastrukturen erhöht hat, soll nun die NIS-RL europaweite Mindeststandards für den Schutz der Netz- und Informationssicherheit setzen. Insbesondere soll nicht nur die Sicherheit innerhalb der Mitgliedsstaaten gesteigert werden, sondern auch die Koordination und Kooperation zwischen ihnen.

Wen betrifft die NIS-Richtlinie?

Ähnlich wie das IT-Sicherheitsgesetz für die Betreiber „kritischer Infrastrukturen“ gilt, betrifft die NIS-Richtlinie Betreiber „wesentlicher Dienste“. Ebenso ähnlich wie nach dem IT-Sicherheitsgesetz der Fall, ist zur Bestimmung des von der NIS-Richtlinie betroffenen Adressatenkreises zunächst

entscheidend, dass der Betreiber des Dienstes einem der in der Richtlinie benannten Sektoren zuzuordnen ist. Die NIS-Richtlinie nennt insoweit (wie auch das IT-Sicherheitsgesetz) die Sektoren Energie, Verkehr, Bankenwesen, Finanzmarktinfrastruktur, Gesundheit, Trinkwasserversorgung und digitale Infrastruktur. Das IT-Sicherheitsgesetz geht jedoch darüber hinaus, indem es auch noch die Sektoren Abwasserbeseitigung, Lebensmittelversorgung, Versicherungswesen und Telekommunikation mit in den Anwendungsbereich einbezieht. Darüber hinaus muss der Dienst von hoher Bedeutung für die Versorgung des Gemeinwesens sein und ein Ausfall bzw. Sicherheitsvorfall zu einer erheblichen Störung bei der Bereitstellung dieser Dienste führen. Zur Bestimmung dieses Merkmals werden nach der NIS-Richtlinie bspw. die Zahl der Nutzer, der Marktanteil der Einrichtung, die Auswirkungen des Sicherheitsvorfalls auf andere Sektoren oder die geografische Ausbreitung des betroffenen Gebietes zu berücksichtigen sein.

Eine wesentliche Neuerung besteht darin, dass nach der NIS-Richtlinie eine Liste zu erstellen ist, worin alle Betreiber wesentlicher Dienste aufzuzählen sind. Nach dem bisherigen IT-Sicherheitsgesetz obliegt es noch den Betreibern selbst, festzustellen, ob sie dem Anwendungsbereich des Gesetzes unterfallen, was aufgrund des (jedenfalls vor Erlass der Rechtsverordnung) nur sehr allgemein bestimmten Adressatenkreises des IT-Sicherheitsgesetzes mit erheblicher Rechtsunsicherheit für die ggf. Betroffenen verbunden war/ ist.

Welche (neuen) Anforderungen werden gestellt?

Betreiber wesentlicher Dienste müssen geeignete technische und organisatorische Maßnahmen zum Schutz der von ihnen betriebenen Dienste treffen. Auch insoweit wird auf den Stand der Technik Bezug genommen. Außerdem sind die Betreiber wesentlicher Dienste auch nach der NIS-Richtlinie verpflichtet, Sicherheitsvorfälle mit erheblichen Auswirkungen auf die Verfügbarkeit der von ihnen bereitgestellten wesentlichen Dienste der zuständigen Behörde oder den von den Mitgliedsstaaten zu bildenden Computer Emergency Response Teams (CERTs) unverzüglich zu melden. Bei der Feststellung der Erheblichkeit müssen die Zahl der betroffenen Nutzer, die Dauer des Vorfalls und dessen geografische Ausbreitung berücksichtigt werden. Auch nach dem IT-Sicherheitsgesetz besteht eine Pflicht zur unverzüglichen Meldung von IT-Sicherheitsvorfällen, die sich jedoch auch auf Störungen erstreckt, die nur potentiell zu einem Ausfall oder einer Beeinträchtigung der Infrastruktur führen können. Inhaltlich stellt die NIS-RL die zusätzliche Anforderung auf, dass der zuständigen Behörde

auch mögliche grenzüberschreitende Auswirkungen einer Störung gemeldet werden müssen, damit gegebenenfalls Behörden anderer Mitgliedsstaaten informiert werden können. Darüber hinaus trifft die NIS-Richtlinie weitere Anforderungen im Hinblick auf die mitgliedstaatliche Koordination und Kooperation der zuständigen Behörden. Es soll eine Kooperationsgruppe gebildet werden, die den Informationsaustausch zwischen den Mitgliedsstaaten koordiniert. Ebenso soll ein Netzwerk der nationalen CERTs aufgebaut werden, das bei Vorfällen eine effiziente Zusammenarbeit auf Unionsebene garantieren soll.

Anbieter digitaler Dienste

Der Anwendungsbereich der NIS-RL umfasst Online-Marktplätze, Online-Suchmaschinen und Cloud-Computing-Dienste. Erfasst werden nur solche Dienste, die gegen Entgelt erbracht werden. Ausgenommen sind Kleinst- und Kleinunternehmen. Nach § 13 Abs. 7 Telemediengesetz (TMG) sind jedoch in Umsetzung des IT-Sicherheitsgesetzes sämtliche Diensteanbieter im Rahmen des technisch möglichen und wirtschaftlich zumutbaren verpflichtet, technische und organisatorische Vorkehrungen zu treffen, um die für ihre Angebote genutzten technischen Einrichtungen vor unerlaubtem Zugriff zu schützen. Diese Regelung wird überarbeitet werden müssen, da die NIS-Richtlinie im Bereich der digitalen Dienste keine über die Richtlinie hinausgehenden Pflichten erlaubt.

Unser Kommentar

Da es den Mitgliedsstaaten (mit Ausnahme der digitalen Dienste) freisteht, über die Mindestanforderungen der Richtlinie hinauszugehen und strengere Regelungen zu erlassen, werden der erweiterte Adressatenkreis und sonstige ggf. weitergehenden Pflichten nach dem IT-Sicherheitsgesetz auch zukünftig Bestand haben können. Jedoch ist eine Anpassung an die Mindeststandards des NIS-Richtlinie im Hinblick auf die sonst bestehenden Wettbewerbsnachteile deutscher Unternehmen gegenüber europäischen Mitbewerbern wünschenswert. Darüber hinaus werden in einigen Bereichen Anpassungen nötig sein, um die neuen Anforderungen der Richtlinie, insbesondere im Hinblick auf die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedsstaaten, zu regeln. Im Bereich der digitalen Dienste wird § 13 Abs. 7 TMG wohl eine Korrektur erfahren. Insgesamt dürften die Auswirkungen der NIS-Richtlinie für deutsche Unternehmen aber gering bleiben und die nach dem IT-Sicherheitsgesetz umzusetzenden Maßnahmen auch zukünftig Bestand haben.

Die Farbmarke „Rot“ der Sparkassen bleibt bestehen

BGH, Beschl. v. 21. Juli 2016, Az.: I ZB 52/15

Auf den Punkt.

Die Richter des u.a. für Markenrecht zuständigen I. Zivilsenats haben entschieden, dass die Farbmarke „Rot“ der Sparkassen im Register des Deutschen Patent- und Markenamtes (DPMA) bestehen bleibt.

Hintergrund

Gegenstand der Entscheidung war ein von der spanischen Santander-Bankengruppe eingereichter Löschungsantrag gegen die abstrakte Farbmarke „Rot“ (HKS 13), die am 11. Juli 2007 für den Deutschen Sparkassen- und Giroverband e.V. beim DPMA u.a. für die Dienstleistungen „Finanzwesen, nämlich Retail-Banking (Bankdienstleistungen für Privatkunden)“ als verkehrsdurchgesetztes Zeichen eingetragen worden war. Die Santander-Bankengruppe erbringt in Deutschland ebenfalls Dienstleistungen im Bereich des Privatkundengeschäfts mit einem roten Marktauftritt. Dies wollte wiederum der Dachverband der Sparkassen auf Basis seiner Farbmarke untersagen.

Das DPMA wies den Löschungsantrag der spanischen Santander-Bankengruppe zurück. Gegen die Entscheidung des DPMA legte Santander sodann mit Erfolg Beschwerde beim Bundespatentgericht (BPatG) ein. Das BPatG ordnete die Löschung der Marke an. Nach Ansicht des BPatG konnte auf Basis der eingereichten Gutachten eine Verkehrsdurchsetzung für die Farbe „Rot“ nämlich weder zum Zeitpunkt der Anmeldung im Jahre 2002 noch zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Beschwerde im Jahr 2015 festgestellt werden. Hiergegen erhob der Dachverband der Sparkassen-Finanzgruppe Rechtsbeschwerde beim BGH.

Die Entscheidung

Der BGH hat den Beschluss des BPatG aufgehoben und die Beschwerde gegen die Entscheidung des DPMA zurückgewiesen. Nach Auffassung des BGH fehle der Marke zwar grds. die

Ad Blocker mit White List-Funktion als aggressive Geschäftspraxis

OLG Köln, Urt. v. 24. Juni 2016, Az.: 6 U 149/15

Auf den Punkt.

Anbieter von Ad Blockern handeln unlauter, wenn sie Unternehmen gegen Entgelt auf eine sog. White List aufnehmen, deren Inhalte fortan von der Blockierung ausgenommen sind.

Der Fall

Die Beklagte betreibt den populären Werbeblocker Adblock Plus (ABP), der es Nutzern ermöglicht, beim Aufruf von Internetseiten zusätzliche Werbeinhalte zu unterdrücken. Dies wird technisch so umgesetzt, dass der Aufruf sog. Ad-Server, die primär auf die Einblendung von Werbung ausgerichtet sind, durch ein Zusatzprogramm (sog. Add-on) unterbunden wird. Auf diesem Wege soll den Nutzern von ABP ermöglicht werden, ohne störende Werbeinhalte durchs Internet zu surfen. Zugleich besteht für Unternehmen die Möglichkeit, Werbeinhalte in eine sog. White List aufnehmen zu lassen. Sofern die Einstellungen von ABP nicht modifiziert werden, werden diese Inhalte sodann trotz aktiviertem Add-on den Nutzern angezeigt. Bei größeren Unternehmen wird für die Aufnahme in die White List eine erhebliche Umsatzbeteiligung als Gegenleistung verlangt.

Gegen die Bereitstellung eines so strukturierten Ad Blockers wandte sich die von den Blockierungsmaßnahmen betroffene Klägerin, ein Verlagshaus, das seine Inhalte auf Internetdiensten zur Verfügung stellt. Die Klägerin nahm die Beklagte auf Unterlassung und Feststellung von Schadensersatzansprüchen in Anspruch. Zum Abschluss einer Vereinbarung zur Aufnahme in die White List der Beklagten war die Klägerin nicht bereit. Das in der Vorinstanz mit der Sache befasste LG Köln (Az.: 33 O 132/14) wies die Klage vollumfänglich zurück. Dies wurde im Wesentlichen damit begründet, dass es letztlich der freien Entscheidung des betroffenen Nutzers obliege, ob und in welchem Umfang er Werbemaßnahmen zu blockieren wünsche. Gegen dieses Urteil legte die Klägerin Berufung ein.

notwendige Unterscheidungskraft. Hierunter versteht man die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel für die von der Marke erfassten Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens gegenüber den Waren oder Dienstleistungen anderer Unternehmen aufgefasst zu werden. Abstrakte Farbmarken nehmen der Verkehr in der Regel aber schlicht als dekoratives Element und nicht als Produktkennzeichen wahr. Entgegen der Ansicht des BPatG habe sich die Farbmarke „Rot“ für die in Rede stehenden Dienstleistungen jedoch zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Löschungsantrag im Jahre 2015 im Verkehr durchgesetzt. Ausreichend für eine Verkehrsdurchsetzung von abstrakten Farbmarken sei wie bei anderen Markenformen auch, dass der überwiegende Teil des Publikums in der Farbe ein Kennzeichen für die Waren oder Dienstleistungen sehe, für die die Marke Geltung beansprucht. Dies sei nach den im Verfahren vorgelegten Meinungsforschungsgutachten zwar nicht für den Zeitpunkt der Anmeldung im Jahr 2002 der Fall gewesen. Ausreichend sei jedoch (jedenfalls nach Ansicht der zuständigen Richter), dass eine Verkehrsdurchsetzung zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Löschungsantrag im Jahr 2015 belegt wurde. Die Farbmarke Rot bleibt somit für den Dachverband der Sparkassen-Finanzgruppe eingetragen.

Unser Kommentar

Die Entscheidung des BGH setzt sich mit der Frage der Verkehrsdurchsetzung von Farbmarken auseinander. Die Frage, ob sich eine Marke infolge ihrer Benutzung im Verkehr durchgesetzt hat, also als Herkunftshinweis dient, ist nach der Rechtsprechung auf Grund einer Gesamtschau sämtlicher Gesichtspunkte zu beurteilen, die zeigen können, dass die Marke geeignet ist, die Waren und Dienstleistungen als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und damit von den Waren und Dienstleistungen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Dies wird unter anderem durch demoskopische Gutachten und Verkehrsbefragungen dargelegt.

Abzuwarten bleibt nunmehr, wie sich die Entscheidung in der Praxis auswirkt, insbesondere ob der Deutsche Sparkassen- und Giroverband e.V. der Santander Gruppe in Deutschland die Nutzung der Farbe Rot untersagen kann. Insofern hatte der Sparkassen- und Giroverband die Santander Gruppe bereits in einem parallelen Markenverletzungsverfahren auf Unterlassung der Nutzung der Farbmarke Rot in Anspruch genommen. Die Entscheidung wurde vom BGH wieder an die Vorinstanz zurückgewiesen und muss nunmehr vom OLG Hamburg entschieden werden.

Die Entscheidung

Das OLG Köln hob die erstinstanzliche Entscheidung auf und entschied, dass der Vertrieb von Ad Blockern eine aggressive geschäftliche Handlung darstelle, wenn die Blockade technisch vom Anbieter erst gelöst werde, wenn und soweit hierfür vom Werbewilligen eine Vergütung gezahlt wird.

Da der Unterlassungsanspruch von der Klägerin nur dann geltend gemacht werden konnte, wenn sie sich in einem Wettbewerbsverhältnis zu der Beklagten befand, hatte sich das Gericht jedoch zunächst mit der Klagebefugnis der Klägerin zu befassen. Diese bejahte das Gericht, obwohl sich die betroffenen Tätigkeitsfelder (Online-Redaktion v. Vertrieb einer Ad Blocking-Software) nicht unmittelbar gleichen. Denn durch den Eingriff in den Absatzmarkt der Klägerin werde eine unmittelbare Konkurrenzbeziehung begründet, sodass ein konkretes Wettbewerbsverhältnis vorliege. Darüber hinaus sei mit Blick auf die White Listing-Funktion ohnehin ein unmittelbarer Wettbewerb um die Zahlungen durch werbewillige Unternehmen eröffnet.

Zwar sah das Gericht in der Unterdrückung der Werbeinhalte der Klägerin keine gezielte Behinderung i.S.d. §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG. Denn es fehle sowohl an einer unmittelbaren Schädigungsabsicht der Beklagten als auch an Mitteln, die verhindern, dass die Klägerin ihre Leistungen am Markt angemessen zur Geltung bringen kann. Insbesondere fehle es insofern an einer unmittelbaren Beeinflussung fremder Immaterialgüter, da lediglich browserseitig der Abruf der Werbung verhindert, nicht aber deren Beschaffenheit manipuliert werde. Daneben bestehe ein Interesse des Nutzers, von unerwünschter Werbung verschont zu bleiben.

Gleichwohl sei in dem Geschäftsmodell der Entwickler von ABP insbesondere mit Blick auf die kostenpflichtige Aufnahmemöglichkeit in die White List eine unlautere aggressive geschäftliche Handlung gemäß § 4a Abs. 1 S. 1 UWG zu sehen. Denn in der Blockierung konkreter Inhalte, die nur durch Aufnahme in die White List zu umgehen sei, liege eine unangemessene Beeinflussung durch die Entwickler von ABP, die zur Ausübung von Druck auf andere Marktteilnehmer genutzt werde. Durch die Kontrolle über die White List positioniere sich die Beklagte als „Gatekeeper über einen substantiellen Zugang zu Werbefinanzierungsmöglichkeiten gegenüber werbewilligen Unternehmen“, was mit der aus § 4a UWG resultierenden Wertung nicht zu vereinbaren sei.

Unser Kommentar

Die Entscheidung des OLG Köln stellt einen Wendepunkt in der Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Ad Blockern dar. So hatte zuvor das LG Hamburg (Az.: 416 HKO 159/14) unter ausdrücklicher Befassung mit der kostenpflichtigen Option auf White Listing die Wettbewerbswidrigkeit des Add-ons verneint. Auch das LG Stuttgart (Az.: 11 O 238/15) und das LG München I (Az.: 37 O 11673/14) hatten wettbewerbsrechtliche Bedenken gegen das Geschäftsmodell von ABP verworfen. Einzig das LG Frankfurt (Az.: 3/6 O 105/15) bejahte eine unlautere gezielte Behinderung durch APB, allerdings ohne Befassung mit der Komponente des finanziell gesteuerten White Listings. Das OLG Köln hat die Revision zum BGH aufgrund grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zugelassen. Es bleibt abzuwarten, wie sich der BGH zu dieser Fragestellung positionieren wird.

Haftung von Online-Händlern wegen Fehlern auf der Verkaufsplattform

BGH, Urt. v. 3. März 2016, Az.: I ZR 110/15 und I ZR 140/14

Auf den Punkt.

Händler bei Amazon Marketplace sollten regelmäßig prüfen, ob die Produktbeschreibungen, unter denen sie ihre Angebote gemäß der konkreten Amazon-Standard-Identifikationsnummer (ASIN) listen, vollständig zutreffend sind. Sie können sich ansonsten nicht darauf berufen, dass unzutreffende oder rechtsverletzende Angaben von anderen Händlern oder von Amazon in die Produktbeschreibung aufgenommen worden sind.

Hintergrund

Der Amazon Marketplace gehört zu den größten Handelsplattformen weltweit. Der BGH hatte am 3. März 2016 über zwei Fallkonstellationen zu entscheiden, die einer Besonderheit von Amazon Marketplace geschuldet sind. So dürfen Händler bei Amazon Marketplace nicht etwa für jedes ihrer Produktangebote eine eigene Produktbeschreibung einstellen. Vielmehr sind sie verpflichtet, eine bereits bestehende Produktbeschreibung zu verwenden, wenn diese das identische Produkt betrifft. Dabei gibt der erste Anbieter dieses Produkts seine Produktinformationen (z.B. Produktname, Hersteller, Marke, UVP) in eine von Amazon bereitgestellte Maske ein. Es wird daraufhin bei Amazon Marketplace eine Produktbeschreibung generiert und eine ASIN vergeben. Jeder weitere Anbieter des identischen Produkts ist verpflichtet, sein Produktangebot unter dieser ASIN mitsamt der Produktbeschreibung zu listen. Sämtliche Anbieter dieses Produkts können die Produktbeschreibung ohne Zustimmung oder Einflussmöglichkeiten der anderen Anbieter nachträglich uneingeschränkt ändern. Für die Käufer hat dies den Vorteil, dass ihnen das Produkt nur einmal angezeigt wird, zusammen mit den verschiedenen Angeboten (und unterschiedlichen Preisen) der einzelnen Anbieter.

In den vorliegenden Verfahren wurden Händler wegen fehlerhafter Produktbeschreibungen abgemahnt, obgleich sie die relevanten Falschangaben in der Produktbeschreibung nicht selbst vorgenommen hatten. In dem einen Fall hatte ein Händler eine Uhr zum Verkauf angeboten, für die bereits eine Produktbeschreibung und ASIN bei Amazon Marketplace existierte. Der Händler hatte sein Angebot unter der ASIN gelistet. In der dazugehörigen Produktbeschreibung war ein nicht mehr gültiger UVP angegeben, den allerdings der Händler selbst nicht eingetragen hatte. In dem anderen Fall hatte ein Händler erstmalig eine „Finger Mouse“ für „PC Notebooks“ bei Amazon Marketplace eingestellt, woraufhin erstmalig eine ASIN und eine Produktbeschreibung angelegt wurden. In der Folgezeit listeten auch andere Händler ihre Angebote unter dieser ASIN. Einer dieser weiteren Händler änderte nachträglich die Produktbezeichnung und verwendete hierbei in rechtswidriger Weise einen geschützten Markennamen eines Dritten. Der Markeninhaber machte daraufhin Ansprüche gegen den Händler geltend, der das Produktangebot (ohne Verwendung des Markennamens) bei Amazon Marketplace erstmalig eingestellt hatte.

Die Entscheidung

Der BGH bejahte in beiden Fällen eine eigene Haftung der nicht unmittelbar für die fehlerhaften bzw. rechtswidrigen Angaben in der Produktbeschreibung verantwortlichen Händler auf Unterlassung und Ersatz der Abmahnkosten. Zur Begründung führte der BGH aus, die Werbung mit einem unzutreffenden UVP stelle einen Wettbewerbsverstoß gemäß §§ 3, 5 UWG dar; die Verwendung eines Markennamens für ein anderes Produkt eine Markenverletzung gemäß § 14 MarkenG. Beide Händler seien für die jeweiligen Rechtsverstöße verantwortlich, auch ohne die relevanten Angaben selbst in den Produktbeschreibungen eingegeben zu haben. Händler, die ihre Angebote unter einer ASIN listen, seien nämlich verpflichtet, bei Erstellung des Produktangebots sowie regelmäßig in der Folgezeit zu prüfen, ob sämtliche Angaben in der Produktbeschreibung (weiterhin) zutreffend sind. Komme ein Händler diesen Prüfpflichten nicht nach, so hafte er für unzutreffende Angaben in der Produktbeschreibung, und zwar unabhängig davon, welcher andere Händler diese unzutreffenden Angaben vorgenommen hat.

Unser Kommentar

Die vorliegenden BGH-Entscheidungen sind nicht überraschend. Sie folgen konsequent der (harten) Linie, die der

BGH auch in anderen Haftungsfragen verfolgt. Um das eigene Haftungsrisiko zu reduzieren, ist es für Marketplace Händler daher umso entscheidender, regelmäßig die Produktbeschreibungen ihrer Angebote zu überprüfen und dies auch zu dokumentieren.

Rechtswidriger Ausschluss sog. „Gebrauchtssoftware“ von öffentlichen Vergabeverfahren

VK Münster, Beschl. v. 1. März 2016,
Az.: VK 1 – 02/16

Auf den Punkt.

Die Vergabekammer Münster hat entschieden, dass in einem öffentlichen Vergabeverfahren die Ausschreibung nicht auf Neulizenzen beschränkt und damit der Erwerb von „Gebrauchtssoftware“ ausgeschlossen werden darf. Rechtliche Bedenken hinsichtlich der Einsatzfähigkeit sog. „Gebrauchtssoftware“ seien nach den sog. UsedSoft-Entscheidungen des EuGH und des BGH nicht tragfähig. Auch die Vorgabe, dass nur von Microsoft lizenzierte Partnerunternehmen den mit dem BMI ausgehandelten Select Plus Vertrag anbieten können sollten, hält die Vergabekammer für vergaberechtswidrig.

Der Fall

Ein Kreis hatte den Erwerb von Microsoft Office Lizenzen europaweit ausgeschrieben. Basis sollte eine Registrierung unter dem mit dem Bundesinnenministerium („BMI“) ausgehandelten Microsoft Select Plus Vertrag sein, der attraktive Konditionen für Auftraggeber beinhaltet. Im Leistungsverzeichnis hatte der Kreis die kaufweise zu erwerbenden Lizenzen auf „Neulizenzen“ und die in Frage kommenden Lizenzgeber auf von Microsoft lizenzierte Partnerunternehmen beschränkt. Die Antragstellerin, die mit „gebrauchten“ Softwarelizenzen handelt, sah sich dadurch zu Unrecht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen. Ihre entsprechende Rüge wies der Kreis mit der Argumentation zurück, der Erwerb von „Gebrauchtssoftware“ sei mit Rechtsunsicherheiten behaftet, weshalb das Risiko bestehe, mit einem Lizenzaudit und ggf. Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen von Microsoft konfrontiert zu werden. Außerdem stellten die Vorzugskonditionen unter dem Microsoft Select Plus Vertrag sachliche

Gründe für die Beschränkung des Adressatenkreises der Ausschreibung auf lizenzierte Partnerunternehmen von Microsoft dar. Hierauf beantragte die Antragstellerin die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer.

Die Entscheidung

Die Vergabekammer sah in der Ausschreibung vergaberechtliche Grundsätze verletzt. Die Begründung des Kreises für die Beschränkung der Ausschreibung sei nicht durchgreifend. Insbesondere sei die Beschränkung auf den Erwerb von Neulizenzen sachlich nicht gerechtfertigt. „Gebrauchte“ Softwarelizenzen seien genauso einsetzbar wie „Neulizenzen“. In technischer Hinsicht bestehe kein Unterschied und auch aus rechtlicher Sicht bestehe kein begründetes Risiko von Microsoft mit urheberrechtlichen Ansprüchen konfrontiert zu werden. Nach der Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Handel mit „Gebrauchsoftware“ stehe fest, dass der Erwerb von „Gebrauchsoftware“ unter den in den Urteilen genannten Voraussetzungen rechtlich zulässig sei. Außerdem widerspreche die Beschränkung der in Frage kommenden Lizenzgeber auf von Microsoft lizenzierte Partnerunternehmen dem Gebot des fairen Wettbewerbs.

Unser Kommentar

Die Entscheidung der Vergabekammer bildet einen weiteren Meilenstein auf dem Weg der rechtlichen Anerkennung der Verkehrsfähigkeit von kaufweise erworbenen Softwarelizenzen. Bereits mit Urteil vom 3. Juli 2012 (Az.: C- 128/11) hat der EuGH in der Sache Oracle ./ UsedSoft ein Weitergabeverbot in Lizenzbedingungen beim käuflichen, d.h. zeitlich unbeschränkten, Erwerb von Softwarelizenzen für unwirksam erklärt. Der BGH hat mit Urteil vom 11. Dezember 2014 (Az.: I ZR 8/13) zudem weitergehend klargestellt, dass auch die Aufspaltung von Volumenlizenzen beim Weiterverkauf zulässig ist, und hat damit den Handel mit „Gebrauchsoftware“ weiter liberalisiert. Öffentliche Auftraggeber sind vor dem Hintergrund zukünftig gehalten, diese Grundsätze bei Ausschreibungen zu berücksichtigen und „Gebrauchsoftware“ nicht pauschal von der Ausschreibung auszuschließen. Gleichzeitig sollten sie aber beachten, dass an den rechtlich zulässigen Erwerb von „Gebrauchsoftware“ erhöhte Nachweisanforderungen zu stellen sind. Dies betrifft u.a. die Frage, auf welcher Grundlage die Lizenzen vom Erstveräußerer erworben wurden, ob der Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers ein Weiterveräußerer ist und ob sämtliche Kopien beim Veräußerer und nachfolgenden Veräußerern gelöscht wurden. Auch wird kommerziell zu berücksichtigen

sein, ob der öffentliche Auftraggeber, wie im vorliegenden Fall, an dem Erhalt von Pflegeleistungen nicht interessiert ist, oder ob hierzu die Konditionen mit Microsoft oder einem Microsoft Partnerunternehmen im Nachgang erst noch verhandelt werden müssen. Für Anbieter von Software bildet die Entscheidung der Vergabekammer einen weiteren Anreiz, mietweise und cloudbasierte Geschäftsmodelle zu entwickeln, um den Handel mit „Gebrauchlizenzen“ zu unterbinden.

Unzulässigkeit vorausgefüllter Werbeeinwilligungen im Rahmen einer Gewinnspielteilnahme

LG Konstanz, Urt. v. 19. Februar 2016,
Az.: 9 O 37/15

Auf den Punkt.

Im Rahmen einer Gewinnspielteilnahme vom Veranstalter vorausgefüllte Einwilligungserklärungen für Werbemaßnahmen per Telefon oder E-Mail reichen nicht für eine wirksame Einwilligung im Sinne von § 7 Abs. 2 Nr. 2 u. Nr. 3 UWG aus. Wird die Vertragsstrafe im Rahmen der abgegebenen Unterlassungserklärung soweit heruntersetzt, dass die Verwirkung der Vertragsstrafe aufgrund des hohen Jahresumsatzes keine abschreckende Wirkung entfalten kann, fehlt es an der Ernsthaftigkeit der Unterlassungserklärung.

Hintergrund

Gewinnspiele dienen nicht nur der Kundenbindung. Sie werden regelmäßig eingesetzt, um auf diese Weise an die Daten der Teilnehmer zu gelangen. Ziel ist es, die Teilnehmer durch nachfolgende Werbemaßnahmen über Produkte oder Dienstleistungen aus dem eigenen Unternehmen zu informieren. Das ist grundsätzlich auch zulässig, sofern eine wirksame Einwilligung für solche Werbemaßnahmen vorliegt. An die Einholung einer wirksamen Einwilligung werden von der Rechtsprechung regelmäßig strenge Anforderungen zum Schutz der Verbraucher gestellt.

Im vorliegenden Fall hatte die Beklagte im Rahmen eines Familienfests Gewinnspielkarten verteilt und die Besucher aufgefordert, die Karten auszufüllen. Auf der Vorderseite der Gewinnspielkarte waren drei Fragen zu beantworten und auf der Rückseite waren Name, Anschrift, Telefonnummer, E-Mail-Adresse, Geburtstag, Krankenkasse (optional) und

Datum sowie die Unterschrift anzugeben. Unter diesen Angaben befand sich die Klausel:

„Ich bin mit der Speicherung meiner Daten und mit der Kontaktaufnahme (Telefon, E-Mail) zum Zwecke der Information, Beratung und Zusendung von Informationsmaterial der S. einverstanden (...).“

Die Verwendung dieser Klausel wurde von der Beklagten, einem eingetragenen Verein zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, zunächst außergerichtlich abgemahnt. Die Klägerin forderte die Beklagte auf, eine Unterlassungserklärung zu unterzeichnen, welche mit einer Vertragsstrafe von EUR 5.500,00 bewehrt war. Die Beklagte bot eine modifizierte Unterlassungserklärung an, die für künftige Druckaufträge nur noch Gewinnspielkarten mit einem separaten Ankreuzfeld zur Einwilligung vorsah und eine Vertragsstrafe in Höhe von EUR 1.000,00 für diesbezügliche Zuwiderhandlungen. Bereits gedruckte und in den Verkehr gebrachte Gewinnspielkarten sollten von der Verpflichtung nicht umfasst sein. Die Klägerin lehnte eine entsprechende Vereinbarung als unzureichend ab und erhob Klage vor dem LG Konstanz.

Die Entscheidung

Das LG Konstanz gab der Klage statt, und bejahte einen Unterlassungsanspruch aus §§ 1, 3 Abs. 1 Nr. 2 UKlaG, 7 Abs. 2 Nr. 2, Nr. 3 UWG, 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Das LG stellte zunächst fest, dass es sich bei der Klausel um eine Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB handele, da sie für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sei und einseitig vom Verwender gestellt würde. Allerdings sei diese Klausel nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam, da sie mit dem wesentlichen Grundgedanken des § 7 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 UWG nicht vereinbar sei. Gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG stellt gegenüber einem Verbraucher die telefonische Werbung ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung eine unzumutbare Belästigung dar. Gleiches gelte grundsätzlich auch für E-Mail-Werbung nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG. Die von der Beklagten eingesetzte Gewinnspielkarte mit vorausgefüllter Einwilligungserklärung erfülle allerdings nicht die Voraussetzungen einer ausdrücklichen Einwilligung durch den Verbraucher. Von einer solchen sei nur auszugehen, wenn die Einwilligung explizit und getrennt für die Werbemaßnahme erteilt würde. Dies sei nur gewährleistet, wenn dem Kunden entweder ein separates Ankreuz-Kästchen für den Einwilligungstext zur Verfügung stünde oder er ihn gesondert mit einer zusätzlichen Unterschrift oder individueller Markierung eines entsprechenden Feldes billige (sog.

„Opt-in“-Erklärung). Einwilligungsklauseln, die so gestaltet seien, dass der Kunde tätig werden müsse, wenn er die Einwilligung nicht erteilen wolle (sog. „Opt-out“-Erklärung) seien von § 7 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 UWG dagegen nicht gedeckt.

Nach der Auffassung des LG Konstanz habe die Beklagte durch die Abgabe der modifizierten Unterlassungserklärung auch nicht die Wiederholungsgefahr ausgeräumt. Hauptfunktion der Unterlassungserklärung sei es zu gewährleisten, dass die unzulässige Klausel in Zukunft nicht mehr verwendet wird. Dies werde durch Unterlassungserklärungen gewährleistet, die sich auf die konkret beanstandete Klausel beziehen. Da sich die abgegebene Unterlassungserklärung jedoch auf eine zukünftige Gestaltung der Einwilligungserklärung bezogen habe, reiche dies für die Ausräumung der Wiederholungsgefahr nicht aus. Dies gelte umso mehr, da die Beklagte auch die Vertragsstrafe derart heruntergesetzt hatte, dass nach der Auffassung des LG Konstanz nicht von einer Ernsthaftigkeit der Erklärung ausgegangen werden könne. Bei einem Unternehmen, welches im Geschäftsjahr 2014 Einnahmen und Ausgaben von rund EUR 780.000.000,00 habe und ein Vermögen von rund EUR 78.000.000,00 besäße, sei eine Vertragsstrafe von EUR 1.000,00 nicht ausreichend, um die Beklagte gegebenenfalls von weiteren Verstößen abzuschrecken.

Unser Kommentar

Das Urteil des Landgericht Konstanz konkretisiert zum einen die Voraussetzungen an eine wirksame Einwilligung in Werbemaßnahmen, welche im Rahmen eines Gewinnspiels eingeholt werden soll. Hier ist es wichtig zu beachten, dass es an einer ausdrücklichen Einwilligung fehlt, wenn diese über eine sog. Opt-out-Erklärung eingeholt wird; erforderlich ist vielmehr eine Opt-In Lösung. Zum anderen stellt das Landgericht Konstanz klar, dass an der Ernsthaftigkeit einer Unterlassungserklärung gezweifelt werden kann, wenn die in Aussicht gestellte Vertragsstrafe in Ansehung des Vermögens des Unternehmens im Falle ihrer Verwirkung keine spürbare Strafe darstellt.

Veranstaltungen

Termin	Thema/Referent	Veranstalter/Ort
06. - 07. Oktober 2016	Rechtsfragen Social Media-Marketing (<i>Christian Kuß, LL.M.</i>)	Management Circle AG Frankfurt
10. Oktober 2016	Recht im Fokus zu Industrie 4.0 Management Circle-Konferenz „Die digitale Zukunft der IT“ (<i>Dr. Michael Rath</i>)	Management Circle AG Hamburg
02. - 03. November 2016	Der erfolgreiche Digital Manager (<i>Christoph Maiworm</i>)	Management Circle AG Frankfurt
09. November 2016	Aktuelle Entwicklungen im Datenschutz EBZ-Seminar (<i>Silvia C. Bauer</i>)	Europäisches Bildungszentrum der Wohnungs- und Immobilienwirtschaft Bochum

Weitere Informationen zu den Veranstaltungen der Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH finden Sie auf unserer Homepage unter dem Stichwort „Veranstaltungen“.

Impressum

Verleger: Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH
Anna-Schneider-Steig 22, 50678 Köln, Telefon +49 221 9937 0
Telefax +49 221 9937 110, contact@luther-lawfirm.com
V.i.S.d.P.: Dr. Michael Rath, Partner
Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Anna-Schneider-Steig 22
50678 Köln, Telefon +49 221 9937 25795
michael.rath@luther-lawfirm.com
Copyright: Alle Texte dieses Newsletters sind urheberrechtlich geschützt. Gerne dürfen Sie Auszüge unter Nennung der Quelle nach schriftlicher Genehmigung durch uns nutzen. Hierzu bitten wir um Kontaktaufnahme. Falls Sie künftig keine Informationen der Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH erhalten möchten, senden Sie bitte eine E-Mail mit dem Stichwort „IP/IT“ an unsubscribe@luther-lawfirm.com

Haftungsausschluss

Obgleich dieser Newsletter sorgfältig erstellt wurde, wird keine Haftung für Fehler oder Auslassungen übernommen. Die Informationen dieses Newsletters stellen keinen anwaltlichen oder steuerlichen Rechtsrat dar und ersetzen keine auf den Einzelfall bezogene anwaltliche oder steuerliche Beratung. Hierfür stehen unsere Ansprechpartner an den einzelnen Standorten zur Verfügung.

Die Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH berät in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts. Zu den Mandanten zählen mittelständische und große Unternehmen sowie die öffentliche Hand.

Berlin, Brüssel, Düsseldorf, Essen, Frankfurt a. M., Hamburg, Hannover, Köln, Leipzig,
London, Luxemburg, München, Shanghai, Singapur, Stuttgart, Yangon

Luther Corporate Services: Delhi-Gurgaon, Kuala Lumpur, Shanghai, Singapur, Yangon

Ihren Ansprechpartner finden Sie auf www.luther-lawfirm.com

Auf den Punkt. Luther.



JUV 2014
AWARDS
Kanzlei des Jahres
für Regulierte Industrien

JUV 2014
AWARDS
Kanzlei des Jahres
für Energiewirtschaftsrecht

JUV 2014
AWARDS
Kanzlei des Jahres
für Privates Baurecht

JUV 2015
AWARDS
Kanzlei des Jahres für
Vertrieb/Handel/Logistik