
Newsletter, 1. Ausgabe 2009

IP/IT

Intellectual Property/ Information Technology

„Gewerbliches Ausmaß“ bei Auskunftsansprüchen wegen Verletzung von Urheberrechten oder verwandten Schutzrechten – ein Rechtsprechungsüberblick	Seite 2
Virtuelles Hausverbot – Die Rechtmäßigkeit der Sperrung von IP-Adressen des Mitbewerbers (OLG Hamm, Urteil vom 10. Juni 2008)	Seite 3
Kein zweistufiges Lizenzierungsverfahren bei Klingeltönen (BGH, Urteil vom 18. Dezember 2008)	Seite 4
Software ohne Lizenz kann für Geschäftsführer und Unternehmen teuer werden (OLG Karlsruhe, Urteil vom 23. April 2008)	Seite 5
Google Adwords und das Markenrecht: „A never ending story?“ (BGH, Entscheidungen vom 22. Januar 2009)	Seite 6
Google Analytics im Visier der Datenschützer	Seite 8
Aktuelles vom Gesetzgeber: Die Verpackungsverordnung	Seite 9
Neues Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) in Kraft	Seite 10
Aktuelle Veranstaltungen	Seite 11



„Gewerbliches Ausmaß“ bei Auskunftsansprüchen wegen Verletzung von Urheberrechten oder verwandten Schutzrechten – ein Rechtsprechungsüberblick

Der urheberrechtliche Auskunftsanspruch (§ 101 UrhG)

Das Urheberrecht sieht seit dem 1. September 2008 zivilrechtliche Auskunftsansprüche vor, die vor allem Nutzer von Internetaustauschbörsen für Musik, Filme oder Hörbücher auf der einen und deren Urheber und Verwerter auf der anderen Seite betreffen. Voraussetzung des Auskunftsanspruchs ist ein Tätigwerden in „gewerblichem Ausmaß“.

Neben dem Verletzer können sich Ansprüche auch gegen dritte Personen richten, die nicht selbst Verletzer sind, aber Auskünfte zu Rechtsverletzungen geben können oder daran mitgewirkt haben (z. B. Speditionen, wenn sie Piraterieware in ihrem Besitz hatten oder Internetprovider). Der Anspruch gegen Dritte ist allerdings auf „offensichtliche“ Fälle beschränkt oder erfordert eine Klageerhebung des Verletzten gegen den Verletzer.

Was allerdings unter den Begriffen „gewerbliches Ausmaß“ und „offensichtlich“ zu verstehen ist, wird in der Rechtsprechung bislang uneinheitlich beantwortet. Die ersten Beschlüsse zur Auslegung der Begriffe liegen nun vor und bemühen sich um Konkretisierung.

Gewerbliches Ausmaß

Aus dem Gesetz ergibt sich, dass ein gewerbliches Ausmaß quantitative und qualitative Aspekte aufweist. Für den Bereich Internetaustauschbörsen bedeutet dies, dass es nicht nur auf die Zahl der Dateien ankommt, sondern auch auf die Schwere der eingetretenen Rechtsverletzung. Wird ein vollständiger Kinofilm unmittelbar nach seiner Veröffentlichung in Deutschland widerrechtlich im Internet öffentlich zugänglich gemacht, so kann darin ein gewerbliches Ausmaß liegen – auch wenn dies unentgeltlich erfolgt. Kommt es nun allein auf den zeitlichen Abstand zur regulären Veröffentlichung des Werkes an? Mit dieser Frage beschäftigen sich die ersten in Eilverfahren ergangenen Beschlüsse.

Ein gewerbliches Ausmaß wurde durch das OLG Zweibrücken (Beschluss vom 27. Oktober 2008, Az. 3 W 184/08)

verneint, weil ein Computerspiel bereits drei Monate auf dem Markt war. Etwas anderes ergebe sich nur bei einer sehr guten Positionierung des Computerspiels am Markt. Auf dieser Linie liegt auch ein Beschluss des OLG Köln (Beschluss vom 21. Oktober 2008, Az. 6 Wx 2/08), nach dem ein gewerbliches Ausmaß auch dann zu bejahen ist, wenn während der relevanten Verkaufsphase der Öffentlichkeit ein vollständiges Album angeboten wird. Der Anbieter eines solchen Albums könne und wolle nach Auffassung des Gericht i. d. R. nicht kontrollieren, in welchem Umfang von seinem Angebot Gebrauch gemacht werde und sei daher als gewerblicher Anbieter einzustufen.

Das LG Oldenburg (Beschluss vom 15. September 2008, Az. 5 O 2412/08) hatte den Aspekt aufgegriffen, dass privates, also nicht gewerbliches Handeln in der Regel durch einen begrenzten und überschaubaren Teilnehmerkreis gekennzeichnet sei. Könne eine unbegrenzte Zahl von Personen auf das Angebot zugreifen und sei dies dem Verletzer gleichgültig, so werde der Rahmen des Privaten überschritten. Diese Auffassung des LG Oldenburg, wonach das gewerbliche Ausmaß schon allein bei Teilnahme an einer Tauschbörse indiziert sei, geht wohl zu weit. Der Beschluss wurde daher in zweiter Instanz durch das OLG Oldenburg aufgehoben (Beschluss vom 1. Dezember 2008, Az. 1 W 76/08). Auch das OLG Zweibrücken hält eine einschränkende Auslegung für erforderlich. Das Gericht verlangt eine Tauschaktivität, die über das hinausgeht, was einer privaten Nutzung entspricht. Dies dürfte im Einzelfall sehr unterschiedlich zu beurteilen sein.

Noch unklar ist, welche Art Vorteil der Verletzer aus seiner Handlung ziehen muss. Die Richtlinie 2004/48/EG, auf die der Auskunftsanspruch zurückgeht, verlangt, dass die Rechtsverletzung „zwecks Erlangung eines unmittelbaren wirtschaftlichen oder kommerziellen Vorteils“ vorgenommen wurde. Das Herunterladen eines Musiktitels zum Ersparen von Aufwendungen könnte somit anders beurteilt werden als das einfache Hochladen, es sei denn, dieser Upload ist die technische oder tatsächliche Voraussetzung für den Download.

Offensichtlichkeit

Besitzer von rechtsverletzenden Vervielfältigungsstücken und Personen, die mit rechtsverletzenden Dienstleistungen zu tun hatten, können ebenso in Anspruch genommen werden wie an Herstellung, Erzeugung oder Vertrieb Beteiligte. Bei Fällen, in denen der Verletzte noch nicht Klage gegen den Verletzer erhoben hat, muss die Rechtsverletzung offensichtlich sein. Damit geht der Drittauskunftsanspruch über die Anforderungen der europarechtlichen Enforcement-Richtlinie, auf die der neue § 101 UrhG zurückgeht, hinaus. Der auskunftsverpflichtete Dritte soll von der Prüfung entlastet werden, ob eine Rechtsverletzung vorliegt. Bei Zweifeln in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht scheidet die Offensichtlichkeit aus. Eine Rechtsverletzung muss daher so eindeutig sein, dass eine Fehlentscheidung und damit eine ungerechtfertigte Belastung des Dritten kaum möglich ist. Das Merkmal der Offensichtlichkeit ist auch für den Erlass einer einstweiligen Verfügung nach § 101 Abs. 7 UrhG von Bedeutung.

Datenschutzrechtliche Aspekte

Richten sich die Auskunftsansprüche gegen Internetprovider als Dritte, so können der Herausgabe der Daten trotz Vorliegens der Voraussetzungen eines Drittauskunftsanspruchs nach § 101 Abs. 1, Abs. 2 UrhG Vorschriften des

TKG entgegenstehen. § 113b TKG enthält Beschränkungen, die zivilrechtliche Ansprüche aussperren. Die einzig zur Verfügung stehenden Daten für den Auskunftsanspruch wären solche Daten, die der Provider für seine Abrechnung speichert. Diese Daten sind jedoch gemäß §§ 96 Abs. 2, 97 Abs. 3 Satz 3 TKG unverzüglich zu löschen, sobald diese für die Abrechnung nicht mehr erforderlich sind. Bei einer Flatrate dürfte daher die Speicherung der Verkehrsdaten allenfalls für einen sehr kurzen Zeitraum erfolgen. Die Sperre des § 113b TKG betrifft auch die für den Nachweis der Teilnahme an Internetaustauschbörsen erforderlichen dynamischen IP-Adressen. Beides kann die Eilbedürftigkeit einer einstweiligen Anordnung begründen. Den nicht unverzüglich handelnden Verletzten wird es durch die Vorgaben des TKG aber erheblich erschwert ihre Ansprüche zu verfolgen.

Unser Kommentar

Der Gesetzgeber wollte mit dem neuen § 101 UrhG die Durchsetzung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten stärken. Das Ergebnis ist eine Erfassung im Internet weit verbreiteter Verhaltensweisen Privater, die den Rechteinhaber beeinträchtigen. Der Durchsetzung dieser Ansprüche stehen jedoch Hürden entgegen, die den Auskunftsanspruch in vielen Fällen zu einem zahlosen Tiger werden lassen.

Virtuelles Hausverbot – Die Rechtmäßigkeit der Sperrung von IP-Adressen des Mitbewerbers (OLG Hamm, Urteil vom 10. Juni 2008)

Der Fall

Die Betreiberin einer Website für Druckerzubehör warb damit, über 5.000 lieferbare Artikel im Angebot zu haben. Ein Mitbewerber wollte dies überprüfen und ließ innerhalb von zwei Stunden 652 Seiten der Betreiberin aufrufen. Daraufhin wurde seine IP-Adresse von der Sicherheitssoftware der Konkurrentin gesperrt. Der Mitbewerber sah darin ein unzulässiges „virtuelles Hausverbot“ und rügte einen Verstoß gegen die §§ 3, 4 Nr. 10 UWG wegen gezielter Behinderung am Markt. Das Gericht befand die Sperrung für rechtmäßig (OLG Hamm, Az. 4 U 37/08).

Die Entscheidung

Das Gericht bestätigte die Entscheidung der Vorinstanz, die den Antrag des Mitbewerbers auf Aufhebung der IP-

Sperrung abgelehnt hatte. Zwar müsse ein Gewerbetreibender Testmaßnahmen der Konkurrenz grundsätzlich dulden. Dies gelte allerdings nur, solange sich der Mitbewerber wie ein normaler Kunde verhalte und sich nur für einzelne Artikel interessiere. Sei dies – wie hier – nicht der Fall, so gelte es abzuwägen zwischen dem Interesse des getesteten Unternehmers an der Vermeidung einer Betriebsstörung und dem Interesse des Testers, etwaige Wettbewerbsverstöße hinreichend darlegen und beweisen zu können.

Diese Abwägung fiel vorliegend zugunsten der Website-Betreiberin aus. Das konkrete Testverhalten habe die – bereits ausreichende – Gefahr einer Betriebsstörung verursacht, der mit einer geeigneten Sicherheitssoftware begegnet werden dürfe. Es bestünde ein legitimes Interesse daran, es gar

nicht erst zu einer Beeinträchtigung der Internetseiten kommen zu lassen. Diese Gefahr werde bereits durch die Art des Zugriffs und die Alarmmeldung der Sicherheitssoftware indiziert. Denn nach allgemeiner Lebenserfahrung und kaufmännischer Vernunft wird solche Sicherheitssoftware nicht übermäßig restriktiv programmiert, da dies die Gefahr einer Sperrung potenzieller Kunden hervorrufen würde und damit den Umsatz der Website beeinträchtigen könnte. Die durch das Anschlagen der Sicherheitssoftware indizierte Gefahr einer Beeinträchtigung musste die Website-Betreiberin daher nach Auffassung des Gerichts nicht hinnehmen. Vielmehr sei es dem Mitbewerber zuzumuten, durch Anordnung arbeitsteiligen Vorgehens das Angebot wie ein normaler Nutzer zu prüfen.

Zudem sah das Gericht in der automatischen IP-Sperrung keinen Verstoß gegen den hier gerügten wettbewerbsrechtlichen Tatbestand der Mitbewerberbehinderung i. S. d. § 4 Nr. 10 UWG. Dieser erfasse individuelle und gezielte Mitbewerberbehinderungen, wie z. B. den Boykott. Die „gezielte“ Behinderung setzt aber, anders als es der Wortlaut nahelegt, nicht zwingend voraus, dass der Zweck verfolgt wird, den Mitbewerber an seiner Entfaltung zu hindern und ihn dadurch zu verdrängen. Es reicht vielmehr aus, dass der beeinträchtigte Mitbewerber seine Leistung am Markt durch eigene Anstrengungen nicht mehr in angemessener Weise zur Gel-

tung bringen kann. Im Rahmen der insoweit durchzuführenden Interessenabwägung stellte das Gericht fest, dass der erhöhte Aufwand für arbeitsteilige Überprüfungen des Konkurrenzangebots den Mitbewerber nicht so weit beeinträchtigt, dass von einer gezielten Behinderung gesprochen werden könne.

Unser Kommentar

„Virtuelle Hausverbote“ durch Sperrung von IP-Adressen konkurrierender Unternehmen können nach der Entscheidung des OLG Hamm zulässig sein, wenn die Gesamtabwägung zugunsten des sperrenden Unternehmens ausfällt. Bei dieser Gesamtabwägung spielt insbesondere eine Rolle, ob das Verhalten des Mitbewerbers dem eines normalen Kunden entspricht oder darüber hinaus der Betriebsablauf gestört wird.

Ob das Ergebnis der Abwägung richtig war, wird im Rahmen der Entscheidung des Bundesgerichtshofs über die dort anhängige Nichtzulassungsbeschwerde (Az. I ZR 132/08) noch einmal überprüft werden. Bis dahin müssen Mitbewerber mit höheren Kosten für die Überprüfung von Werbung für Onlineangebote rechnen. Dabei ist im Blick zu behalten, dass Überprüfungen auch in der analogen Welt mitunter beschränkt sind. In bestimmten Fällen kommt den Mitbewerbern zudem zugute, dass die Rechtsprechung ihnen Auskunftsansprüche zugesteht.

Kein zweistufiges Lizenzierungsverfahren bei Klingeltönen (BGH, Urteil vom 18. Dezember 2008)

Der Fall

Das Musikwerk „Rock my Life“ war als Klingelton für Mobiltelefone angeboten worden. Der Anbieter hatte hierzu eine Lizenz von der schweizerischen Verwertungsgesellschaft SUISA erworben. Zwischen der SUISA und ihrem deutschen Pendant, der GEMA, besteht ein Gegenseitigkeitsvertrag, nach dem die SUISA in dem Umfang zur Rechtevergabe berechtigt ist, wie die GEMA ihrerseits aufgrund des zwischen ihr und dem Komponisten des Werkes geschlossenen Berechtigungsvertrages.

Der Komponist machte geltend, dass für die Nutzung seines Werkes als Klingelton zusätzlich zur Lizenz der Verwertungsgesellschaft auch noch seine persönliche Einwilligung erforderlich gewesen sei, da die Nutzung auch einen Eingriff in

seine Urheberpersönlichkeitsrechte beinhalte. Diese Rechte seien der GEMA im Berechtigungsvertrag nicht übertragen worden und somit von der erteilten Lizenz nicht erfasst.

Die Entscheidung

Der Bundesgerichtshof (BGH, Az. I ZR 23/06) hat bei der Nutzung eines Werks als Klingelton das Vorliegen eines Eingriffs in §§ 14, 23 S. 1 UrhG (Entstellung und Bearbeitung oder andere Umgestaltung des Werkes) bejaht und in diesem Zusammenhang festgestellt, dass die Verwendung eines nicht für diesen Zweck geschaffenen Musikwerks als Handyklingelton auch dann als Beeinträchtigung im Sinne des § 14 UrhG anzusehen sei, wenn das Werk selbst nicht verändert wird. Für das Vorliegen einer Beeinträchtigung genüge, dass die urheberpersönlichkeitsrechtlichen Interes-

sen des Urhebers an seinem Werk durch Form und Art der Werkwiedergabe beeinträchtigt werden könnten.

Bezüglich der Frage, in welchem Umfang die GEMA die Rechte für die Nutzungsart Klingelton erworben hat, ist wie folgt zu unterscheiden:

Bei Berechtigungsverträgen, die in einer Fassung abgeschlossen wurden, in der durch die Mitgliederversammlung der GEMA vom 25./26. Juni 2002 beschlossene Änderungen zur Nutzung als Klingelton noch nicht enthalten waren (Altverträge), hat die GEMA die Rechte nach Auffassung des BGH (noch) nicht erworben. Für den Inhalt der Altverträge ist insoweit entscheidend, dass die Änderungen des Berechtigungsvertrags durch die Beschlüsse der Mitgliederversammlungen 2002 und 2005, nach denen der GEMA die Rechte an Musikwerken auch für die Nutzung als Klingelton eingeräumt werden, in den individuellen Verträgen nicht wirksam vereinbart worden waren. Der BGH beanstandete insoweit, dass die Einbeziehungsklausel, auf die die GEMA die Geltung der Änderungen gestützt hatte, ihrerseits nicht wirksam einbezogen worden war.

Bei Berechtigungsverträgen, die in späteren Fassungen abgeschlossen wurden (Neuverträge), kommt der BGH dagegen auf der Grundlage einer Auslegung des Berechtigungsvertrages zu dem Ergebnis, dass der GEMA grundsätzlich sämtliche Nutzungsrechte eingeräumt werden, die zur Nutzung von Musikwerken als Klingelton erforderlich sind. Die Frage, ob trotz dieser umfassenden Rechteeinräumung noch ein

individueller Abwehranspruch der Urheber aus dem unübertragbaren Kernbereich des § 14 UrhG verbleibt, hat der BGH verneint. „Der (...) Bestimmung des § 39 UrhG liegt die Überlegung zugrunde, dass der Urheber, der einem Dritten das Recht eingeräumt hat, sein Werk auf eine bestimmte Art zu nutzen, diesem Dritten solche Änderungen des Werkes nicht unter Berufung auf § 14 UrhG soll verwehren können, die zur bestimmungsgemäßen Nutzung des Werkes erforderlich oder jedenfalls üblich und daher vorhersehbar sind.“

Unser Kommentar

Soweit die GEMA Nutzungserlaubnisse für die Anbieter von Klingeltönen erteilt hat, ohne über die vergebenen Rechte zu verfügen, sind Rückforderungsansprüche der Anbieter denkbar, falls es nicht zu einer nachträglichen Genehmigung durch die betroffenen Berechtigten kommt. Ebenso denkbar sind Ansprüche der Anbieter gegenüber den Urhebern bzw. den Verlagen in den Fällen, in denen diese Rechte vergeben haben, obwohl sie bereits an die GEMA zur Ausübung übertragen waren. Abzuwarten bleibt, ob die GEMA durch erneute Änderung ihres Regelwerks die Voraussetzungen schaffen wird, um eine getrennte Vergabe der Rechte aus den §§ 16, 19a UrhG einerseits (GEMA) und der Rechte aus den §§ 14, 23 S. 1 UrhG andererseits (Urheber bzw. Verlage) in der Zukunft zu ermöglichen (eine ausführliche Besprechung des Urteils erscheint demnächst in ZUM 2009, Heft 4 (Müller)).

Software ohne Lizenz kann für Geschäftsführer und Unternehmen teuer werden (OLG Karlsruhe, Urteil vom 23. April 2008)

Der Fall

Der Angestellte eines Unternehmens für Solartechnik mit 25 Mitarbeitern hatte auf 15 Rechnern Computerprogramme installiert, ohne sich um die dafür erforderlichen Lizenzen zu kümmern. Ein ehemaliger Angestellter meldete dies einem Software-Branchenverband, der die Informationen an die Kläger weitergab. Das Gericht verurteilte das Unternehmen und den Geschäftsführer, der keine Kontrollen vorgenommen oder angeordnet hatte, gesamtschuldnerisch zur Zahlung

von insgesamt über 25.000,00 Euro zuzüglich Anwalts- und Gerichtskosten sowie Auskunft.

Die Entscheidung

Das OLG Karlsruhe (Az.: 6 U 180/06) sah bereits in der bloßen Installation eine unerlaubte Vervielfältigung der Software. „Ob und in welchem Umfang diese in der Folge genutzt wird, ist unerheblich“. Die Höhe der nachzuzahlenden Lizenzgebühren bestimme sich allein danach, welchen Preis

die Beklagten hätten zahlen müssen, wenn sie die auf den Computern installierte Software legal erworben hätten.

Die Haftung des Geschäftsführers begründeten die Richter u. a. damit, dass der Geschäftsführer der Einstellung eines in dieser Sache gegen ihn geführten Strafverfahrens nach Zahlung einer Geldauflage von 1.000,00 Euro nach § 153a StPO zugestimmt hatte. Diese Vorschrift setze eine – wenn auch geringe – strafrechtliche Schuld voraus. Damit bestehe ein Indiz für ein schuldhaftes, mindestens fahrlässiges Verhalten. Als gesetzlicher Vertreter des Unternehmens habe er zudem grundsätzlich Vorsorge gegen die Verletzung von Immaterialgüterrechten Dritter zu treffen. Bei dem Unternehmen, das sich mit der Planung, Herstellung, der Montage und dem Vertrieb von Solartechnik beschäftige, würden Computer und Software intensiv genutzt. Somit sei nicht nur ein unbedeutender Randbereich, sondern eine zentrale Tätigkeit betroffen. Der Geschäftsführer sei danach als alleiniger Geschäftsführer verpflichtet gewesen, im Rahmen des Zumutbaren und Erforderlichen Maßnahmen zu treffen, die eine Gefährdung der Urheberrechte Dritter ausschließen oder doch ernsthaft mindern. Er hätte mithin dafür Sorge zu tragen, dass auf den Computern des Unternehmens nur lizenzierte Software genutzt wird.

Auch das Aushändigen und Erläutern eines Merkblattes an jeden Mitarbeiter sah das Gericht nicht als ausreichend an. Die vom Gericht geforderten Prüfungspflichten könnten zwar generell an Mitarbeiter delegiert werden, wenn diese sachge-

recht ausgewählt, instruiert und beaufsichtigt würden. Insbesondere könne ein Computer ohne weiteres so eingerichtet werden, dass die Installation neuer Software nur durch einen Administrator möglich sei. „Diese ebenso einfache wie wirkungsvolle Maßnahme, die dem Beklagten ohne weiteres zumutbar gewesen wäre, hat der Beklagte nicht ergriffen oder veranlasst.“

Unser Kommentar

In der juristischen Literatur werden teilweise Bedenken gegen das Bestehen von Organisationspflichten des gesetzlichen Vertreters einer Kapitalgesellschaft bei (drohenden) Verletzungen von Immaterialgüterrechten geäußert, weil diese Gefahr gerade im Bereich der Informationstechnologie (IT) vielfach schwierig zu beurteilen sei. Die Entscheidung des OLG Karlsruhe belegt jedoch, dass die Verletzung von Urheberrechten an Software kein Kavaliersdelikt ist, sondern rigoros verfolgt wird. Die Haftung gesetzlicher Vertreter auch für Verstöße im IT-Bereich ergibt sich dabei aus allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen. Nach der Entscheidung des OLG Karlsruhe kann sich die Unternehmensleitung künftig nicht mehr darauf berufen, dass die Kontrolle von Mitarbeitern beim Einsatz von Software schwierig sei. Das Gericht hat hier klare Handlungsanweisungen gegeben. Die Geschäftsleitung ist daher gut beraten, proaktiv ein Lizenzmanagement zu betreiben und sollte diese IT-Compliance-Aufgabe nicht unkontrolliert an die IT-Abteilung übertragen. Neben der Haftungsvermeidung kann ein effektives Lizenzmanagement sogar zur Kostenreduktion im Unternehmen beitragen.

Google Adwords und das Markenrecht: „A never ending story?“

(BGH, Entscheidungen vom 22. Januar 2009)

Einleitung

Beim Keyword Advertising (z. B. mit Google-Schlüsselwörtern, sogenannte AdWords) geht es um Werbeanzeigen auf Suchmaschinenseiten, die auf den eingegebenen Suchbegriff hin erscheinen. Auf die Platzierung dieser Anzeigen können Werbende insbesondere durch das Buchen von Markennamen und Unternehmenskennzeichen Einfluss nehmen, die mit dem beworbenen Produkt in Verbindung stehen. Schutzrechtsinhaber befürchten eine Ausnutzung der Lenkungsfunktion ihrer Kennzeichen.

Der Bundesgerichtshof (BGH) hatte nun über drei Urteile der Vorinstanzen zu befinden, in denen es um unterschiedliche Sach- und Rechtsfragen zum Keyword Advertising ging. Die erhoffte umfassende Rechtssicherheit wurde leider nicht geschaffen. Die in der Sache „bananabay“ (Az. I ZR 125/07) entscheidende Frage der kennzeichenmäßige Benutzung durch das Buchen von als Marke geschützten Schlüsselwörtern beantwortete der BGH leider gar nicht, sondern legte diese dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) zur Klärung vor.

Die drei Revisionsentscheidungen des BGH

„bananabay“ – Verwendung fremder Marken

Im ersten vom BGH entschiedenen Fall hatte die Betreiberin einer Internetseite für Erotikartikel den als Marke geschützten Namen einer Mitbewerberin gebucht, die diesen für Ihren Internetauftritt verwendete (www.bananabay.de). Die Vorinstanz, das für seine restriktive Haltung gegenüber Keyword Advertising bekannte OLG Braunschweig, wertete dies als kennzeichenmäßige Benutzung i.S.v. § 14 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 MarkenG. Die Lenkungsfunktion von Marken und Kennzeichen und ihre spezifische Aussagekraft werde durch die Verwendung im Rahmen des Keyword Advertising ausgenutzt. Der Verwender mache sich „die aufgebaute Kraft einer Marke zunutze“ (OLG Braunschweig, Urteil vom 12. Juli 2007 – 2 U 24/07). Der BGH entschied hierüber nicht, sondern legte die Frage der kennzeichenmäßigen Nutzung aufgrund der europarechtlichen Relevanz dem EuGH vor.

„Beta Layout“ – Verwendung fremder Unternehmenskennzeichen

Im Verfahren „Beta Layout“ ging es um das Unternehmenskennzeichen der Beta Layout GmbH. Das OLG Düsseldorf (Urteil vom 23. Januar 2007 – Az. I-20 U 79/06) vertrat in der Vorinstanz die Auffassung, wegen der Kennzeichnung des Suchergebnisses als Anzeige, des Inhalts der Anzeige und der Trennung vom Suchergebnis scheidet eine Verwechslungsgefahr aus. Insbesondere sei der Nutzer einer Internetsuchmaschine darauf vorbereitet, zwischen den Treffern in der Liste der Suchergebnisse und den bezahlten Anzeigen zu unterscheiden. Daher werde kein Internetnutzer die Werbung als Suchergebnis missverstehen und mit dem Angebot der Kennzeicheninhaberin verwechseln. Diese tatrichterlichen Feststellungen zum Verkehrsverständnis sind auch nach der Entscheidung des BGH nicht zu beanstanden.

Hieraus kann geschlussfolgert werden, dass künftig in vergleichbaren Fällen, in denen eine Verwechslungsgefahr vorausgesetzt wird, Ansprüche des Kennzeicheninhabers ausscheiden, wenn die Werbeanzeige in der beschriebenen Form platziert ist. Dies betrifft neben der Verwendung fremder Unternehmenskennzeichen – unabhängig von der noch ausstehenden EuGH-Entscheidung – auch die Fälle der Verwendung fremder Marken, soweit etwaige Ansprüche des Markeninhabers das Vorliegen der Verwechslungsgefahr voraussetzen. Dies ist z.B. bei § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG und Art. 9 EG-GemeinschaftsmarkenVO der Fall, also bereits dann, wenn die Produkte nicht identisch sind.

„pcb“ – Verwendung beschreibender Angaben

In dem vor dem BGH verhandelten Verfahren „pcb“ ging es um ein Unternehmen, das bei Google als Schlüsselwort die Buchstabenfolge „pcb“ (Abkürzung für printed circuit board – Leiterplatte) gebucht hatte. Dieses Schlüsselwort

war gleichzeitig Bestandteil der Marke „PCB-POOL“. Bei Eingabe der Marke in der Google Suchmaschine erschien die Anzeige des Konkurrenten, der den Begriff „pcb“ über das Google-AdWords-Programm gebucht hatte. Das Gericht sah diesen Begriff als beschreibend und dessen Verwendung als Keyword damit selbst dann als zulässig an, wenn er Bestandteil einer fremden Marke ist.

Unser Kommentar

Bis zur Entscheidung des EuGH zur Frage der kennzeichenmäßigen Benutzung durch das Buchen von Schlüsselwörtern bei Suchmaschinen wird noch Zeit vergehen. Es ist zu hoffen, dass die schon in Deutschland, England und Frankreich stark divergierende Rechtsprechung spätestens im Zuge der Entscheidung des EuGH vereinheitlicht werden wird. Solange heißt es aber keinesfalls „Finger weg“ vom Keyword Advertising. Beschreibende Begriffe dürfen regelmäßig gebucht werden. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn der Begriff Bestandteil der Marke oder des Unternehmenskennzeichens eines Mitbewerbers ist. Darüber hinaus können nach den zuvor dargestellten Grundsätzen unter bestimmten Voraussetzungen auch Unternehmenskennzeichen verwendet werden. Gleiches dürfte auch für in Deutschland registrierte Marken und Gemeinschaftsmarken gelten, soweit es sich um Produkte handelt, die denen der Markeninhaber nur ähnlich und nicht identisch sind und somit eine Verwechslungsgefahr voraussetzen. Allerdings können auch dann noch wettbewerbsrechtliche Ansprüche im Einzelfall gegeben sein, etwa wenn Marken bzw. Unternehmenskennzeichen im Textbaustein der Anzeige erscheinen, ohne dass dies durch eine Verbindung zu den verwendeten Kennzeichen gerechtfertigt ist.

Google Analytics im Visier der Datenschützer

Der Einsatz von Google Analytics

Eine erfolgreiche Webpräsenz, aussagekräftige Analysen über die Performance ihres Online-Shops oder das Nutzerverhalten sind für Unternehmen als Bestandteil von Marketingmaßnahmen unverzichtbar. Neben der Optimierung des eigenen Webauftritts können diese Informationen beispielsweise zur zielgruppengenaue Schaltung von Werbung oder für auf den Nutzerkreis zugeschnittene Marketinginitiativen genutzt werden. Viele Unternehmen greifen dabei auf das kostenlos von der Google Inc. mit Sitz in den USA angebotene Tool „Google Analytics“ zurück. Das Tool ermöglicht es den Unternehmen u. a. zu erfahren, wie viele Nutzer ihre Website hat, wie diese Nutzer das Angebot der Website nutzen und in welchen geographischen Gebieten sie leben.

Datenschutzrechtliche Risiken

So nützlich der Einsatz solcher Analysewerkzeuge auch ist, so viele datenschutzrechtliche Risiken birgt er auch in sich: So werden beispielsweise die auf der Website erhobenen Nutzungsdaten – u. a. auch IP-Adressen – an einen Google-Server mit Sitz in den USA oder an anderer Stelle in der Welt übermittelt. Daneben behält sich Google Inc. in ihren Lizenzbedingungen vor, die Daten auch für andere – nicht näher spezifizierte – Zwecke zu nutzen. So können beispielsweise Daten an Dritte übermittelt, Nutzungsprofile durch Zusammenführung der auf verschiedenen Websites erhobenen Daten erstellt oder Interessenprofile für Werbezwecke zusammengestellt werden. All diese Aktivitäten können nach den Vorgaben des deutschen Datenschutzrechts unzulässig sein, wenn es an einer freiwilligen Einwilligung des Nutzers fehlt.

Websitebetreiber sollten sich daher bewusst sein, dass sie sowohl nach den Regelungen des deutschen Datenschutzrechts als auch nach den Regelungen des mit Google Inc. vereinbarten Lizenzvertrags für die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Verarbeitung der Nutzerdaten verantwortlich sind. Insbesondere hat der Websitebetreiber sicherzustellen, dass die Nutzer der Website umfassend über den Einsatz und Zweck des Tools informiert werden. Diese Informationen sollten direkt auf der Webseite zur Verfügung gestellt werden, wobei sich eine Belehrung in gesondert abrufbaren Datenschutzhinweisen, die den Nutzer umfassend über den Umgang mit seinen Daten informieren, empfiehlt. Daneben sollte der Websitebetreiber sicherstellen, dass die Nutzer in

die Übermittlung ihrer Daten an Unternehmen, die außerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums („EWR“) ansässig sind und daher nicht dem Anwendungsbereich der EU-Datenschutzrichtlinie 95/46 unterfallen, für Zwecke der Erstellung von Nutzerprofilen freiwillig und bewusst einwilligen. Das deutsche Datenschutzrecht ist insoweit strenger als die Maßnahmen, die der Websitebetreiber nach den Vorgaben des Lizenzvertrages von Google ergreifen soll. Die Umsetzung der dort genannten Maßnahmen reicht regelmäßig nicht aus, um datenschutzrechtliche Risiken zu vermeiden.

Position der Datenschutzbehörden

Die Datenschutzbehörden – insbesondere das Unabhängige Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein und der Berliner Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit – prüfen derzeit die datenschutzrechtliche Zulässigkeit des Google Analytics Tools und haben neben der Google Inc. bereits mehrere Unternehmen mit der Bitte um Stellungnahme angeschrieben. Da eine unbefugte Datenverarbeitung zu Sanktionen, wie beispielsweise Geldbußen, führen kann, empfiehlt sich für Unternehmen vor dem Einsatz des Tools eine kritische Prüfung, ob und inwieweit die zurzeit auf ihrer Website abrufbaren Informationen oder verwendeten Datenschutzhinweise angepasst werden müssen bzw. welche Einwilligungen einzuholen sind.

Aktuelles vom Gesetzgeber: Die Verpackungsverordnung

Zum 1. Januar 2009 ist die 5. Novelle der „Verordnung über die Vermeidung und Verwertung von Verpackungsabfällen“ in wesentlichen Teilen in Kraft getreten. Bereits 1991 wurde die Verpflichtung der Wirtschaft eingeführt, Verpackungen nach Gebrauch zurückzunehmen und an deren Entsorgung mitzuwirken. Ziel der reformierten Verpackungsverordnung ist die verbesserte Reduktion von Verpackungsabfällen und deren haushaltsnahen Entsorgung.

Verpackungsarten

Die Verpackungsverordnung unterscheidet zwischen drei verschiedenen Verpackungsarten:

- **Verkaufsverpackungen:** Verpackungen, die als Verkaufseinheit mit der Ware angeboten werden und beim Endverbraucher anfallen (z.B. Joghurt-Becher, Shampooflasche, etc.) sowie Serviceverpackungen (z.B. Papier- und Plastiktüten, Einwickelfolie, etc.)
- **Transportverpackungen:** Verpackungen, die den Transport von Waren erleichtern und beim Vertrieber anfallen (z.B. Paletten, Kartonagen, etc.)
- **Umverpackungen:** Verpackungen, welche die Ware nicht unmittelbar enthalten, sondern zusätzlich zu der Verkaufsverpackung verwandt werden, z.B. zu Marketingzwecken (z.B. Schachtel für Parfüm-Flakon)

Entsorgung von Verkaufsverpackungen

Bisher stand es den Vertriebern von Verkaufsverpackungen frei, sich entweder einem dualen Entsorgungssystem anzuschließen oder der Rücknahmeverpflichtung selbst nachzukommen. Diese Auswahlmöglichkeit zwischen Systembeteiligung oder Selbstversorgung führte dazu, dass gerade im Internethandel vielfach von einer Lizenzierung bei einem Entsorgungssystem abgesehen wurde, aber auch die erforderlichen Anstrengungen zur Selbstrücknahme nicht ergriffen wurden. Das Modell der Selbstversorgung hat sich daher in der Vergangenheit als nicht praktikabel erwiesen.

Aufgrund der Änderungen durch die 5. Novelle der Verpackungsverordnung sind die Hersteller und Vertrieber von Verkaufsverpackungen, die diese erstmals in Verkehr bringen, fortan verpflichtet, sich an einem „dualen Entsorgungssystem“ zu beteiligen. Die Alternative, eine eigene Rücknahmemöglichkeit anzubieten, ist nunmehr entfallen. Als anerkannte Entsorger i.S.d. Verpackungsverordnung gelten die DSD Duales System Deutschland GmbH („Der Grüne Punkt“), die

ISD Interseroh AG, die Landbell AG, die BellandVision GmbH, die Eko-Punkt GmbH, die Redual GmbH & Co.KG, die Veolia Umweltservice Dual GmbH, die Vfw GmbH und die Zentek GmbH & Co.KG.

Vollständigkeitserklärung

Die Hersteller und Vertrieber sind zudem verpflichtet, Mengen und Verbleib der von ihm verwendeten und in Verkehr gebrachten Verpackungen zu dokumentieren und diese gegenüber der örtlich zuständigen Industrie- und Handelskammer (IHK) im Rahmen einer sogenannten Vollständigkeitserklärung verbindlich zu melden. Die Vollständigkeitserklärung ist erstmals bis zum 1. Mai 2009 für den Zeitraum 5. April bis 31. Dezember 2008 elektronisch abzugeben. Sie ist vorab von einem Steuerberater, Wirtschaftsprüfer oder vereidigten Buchprüfer zu prüfen und zu bescheinigen.

Risiken & Handlungsempfehlung

Herstellern und Vertriebern ist es nach Inkrafttreten der 5. Novelle der Verpackungsverordnung untersagt, nicht lizenzierte Verkaufsverpackungen in Verkehr zu bringen. Verstöße können mit Geldbußen in Höhe von bis zu 50.000,00 Euro geahndet werden. Hinzu kommt das wettbewerbsrechtliche Abmahnungsrisiko, da die Regelungen der Verpackungsverordnung als sogenannte Marktverhaltensregeln anerkannt und Verstöße damit abmahnfähig sind. Die Registrierung bei einem anerkannten Anbieter eines dualen Entsorgungssystems ist daher dringend zu empfehlen.

Neues Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) in Kraft

Seit dem 30. Dezember 2008 ist das novellierte Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) in Kraft, das die Vorgaben der Richtlinie 2000/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken umsetzt. Vor allem für die Werbung ergeben sich zahlreiche Änderungen.

(Vorvertragliche) Informationspflichten

Neben irreführenden Handlungen im Wettbewerb regelt der Regierungsentwurf auch die irreführende Unterlassung und führt mit einer „kleinen Generalklausel“ in § 5a Abs. 2 UWG eine vorvertragliche Informationspflicht ein. Unternehmen dürfen Verbrauchern nach dem Gesetzentwurf keine „wesentlichen“ Informationen vorenthalten, die diese für ihre geschäftliche Entscheidung benötigen. Eine nicht abschließende Aufzählung von wesentlichen Informationen, die dem durchschnittlichen Verbraucher einen Geschäftsabschluss ermöglichen, enthält § 5a Abs. 3 UWG. Danach sind u. a. die wesentlichen Merkmale der Ware, die Identität und Anschrift des Unternehmers, der Endpreis sowie Zahlungs-, Liefer- und Leistungsbedingungen und das Bestehen von Rücktritts- und Widerrufsrechten anzugeben. Der Begriff des Angebots ist nicht auf rechtsverbindliche Offerten beschränkt, sondern kann sich (nach sogenannten richtlinienkonformer Auslegung) auch auf die bloße Produktwerbung erstrecken. Informationspflichten können sich auch aus gemeinschaftsrechtlichen Verordnungen oder Rechtsvorschriften ergeben, die in Umsetzung von Richtlinien ergangen sind (§ 5a Abs. 4 UWG).

„Schwarze Liste“

Als Herzstück der Änderungen im Wettbewerbsrecht gilt die im Anhang zum UWG zu findende „Schwarze Liste“ von insgesamt 30 „Todsünden“, die unter allen Umständen verboten sind. Eine spürbare Beeinträchtigung von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern muss in diesen Fällen nicht belegt werden, sondern wird unwiderleglich vermutet. Zu den im Anhang des UWG ausdrücklich aufgelisteten Verboten gehören u. a.:

- die unwahre Behauptung, zu den Unterzeichnern eines Verhaltenskodexes zu gehören (Nr. 1)
- die Verwendung von Gütezeichen und Qualitätskennzeichen ohne die erforderliche Genehmigung (Nr. 2)
- sogenannte Lockvogelangebote, in denen Waren oder Dienstleistungen zu einem bestimmten Preis angeboten werden, die der Unternehmer möglicherweise gar nicht liefern bzw. erbringen kann (Nr. 5)

AGB-Kontrolle durch Mitbewerber

Der Begriff der „Wettbewerbshandlung“ wird mit der UWG-Novelle durch den der „geschäftlichen Handlung“ ersetzt. Wettbewerbsrechtlich erfasst sind damit über die reine Publikumswerbung hinaus künftig auch Vertragsanbahnung, Vertragsdurchführung und -abwicklung. Damit eröffnet der Begriff der geschäftlichen Handlung die Möglichkeit, Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) von Unternehmen im Wege wettbewerbsrechtlicher Klagen anzugehen.

Empfehlung

Die Liberalisierung des Wettbewerbsrechts, die durch die Änderung des UWG im Jahre 2004 eingeleitet wurde, wurde im Rahmen der vorliegenden UWG-Reform nicht weiter fortgesetzt. Insbesondere durch Informationspflichten wurde Verbraucherschutzrecht geschaffen, auf das im Wettbewerb Rücksicht zu nehmen ist. Im Gegenzug verspricht die „Schwarze Liste“ Rechtssicherheit. Für nicht hiervon erfasste, aber dennoch bedenklichen Geschäftspraktiken bleibt abzuwarten, ob sich aufgrund der Liste die bisherige Rechtsprechungspraxis ändert. Besondere Vorsicht ist zukünftig bei der Gestaltung von AGB geboten, die durch Mitbewerber klageweise angegriffen werden können. Es lohnt sich aber in jedem Fall, die Liste, mit der zahlreiche von der Rechtsprechung entwickelte Fälle in Gesetzesform gegossen wurden, einzusehen.

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.

Unsere Vortragsveranstaltungen im Frühjahr 2009 im Überblick

Termin	Thema/Referent	Veranstalter/Ort
04.03.2009	„Der Online Shop – Rechtliche Fallstricke und aktuelle Rechtsentwicklungen“ (9.00 Uhr bis 11.00 Uhr) (Dr. Kay Oelschlägel, Dr. Geert Johann Seelig, Dr. Rolf Kobabe, Stephanie Behrens)	Luther Rechtsanwalts- gesellschaft mbH, Hamburg
25.03.2009	IP/IT Mandantenfrühstück (8.30 Uhr bis ca. 12.00 Uhr) Aktuelle Entwicklung im Wettbewerbsrecht Update UWG Novelle/Digitales Marketing/Health Claims (Dr. Matthias Orthwein, LL.M. (Boston), Carolin Hunecke, Jens Bernhard)	Luther Rechtsanwalts- gesellschaft mbH, Nürnberg
27.03.2009	„Rechtsfragen zum Werbe- und Wettbewerbsrecht für junge Selbständige“ (12.30 Uhr bis ca. 14.00 Uhr) (Dr. Ralf Klühe)	Messe NewCome 09 in Kooperation mit Kommuni- kationsverband Regionalver- band Baden, Congresscen- trum Neue Messe Stuttgart
02.04.2009	Lizenzbesteuerung Rechtliche Charakterisierung von Lizenzverhältnissen (Dr. Markus Sengpiel, Dr. Dirk Brüninghaus (Seminarleitung), Friederike Jüngling (Ernst & Young AG), Dr. Martin Klein (Hengeler Mueller))	Euroforum, München
29.04.2009	Marketing Talks 2009 (Carsten Andreas Senze, Dr. Ralf Klühe)	Messe NewCome 09 Luther Rechtsanwalts- gesellschaft mbH, Stuttgart
07.05.2009	IP-Frühstück (9.00 Uhr bis ca. 12.00 Uhr) Markenstrategien, Marken als Wertetreiber, Entwicklung und Umsetzung von Markenstrategien, Schutz bei Markenverletzungen (Dr. Wulff-Axel Schmidt, Carsten Andreas Senze, Gastreferent: Jens Bothmer (Iconstorm – Agentur für Markentechnik GmbH & Co. KG))	Luther Rechtsanwalts- gesellschaft mbH, Eschborn/Frankfurt a. M.
13.05.2009	Online Marketing Forum Update Online Recht (Dr. Michael Rath)	Penton Media GmbH, Frankfurt

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, Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Anna-Schneider-Steig 22, 50678 Köln, Telefon +49 (221) 9937 0, Telefax +49 (221) 9937 110, michael.rath@luther-lawfirm.com

Grafische Gestaltung/Art Direction: Vischer & Bernet GmbH, Agentur für Marketing und Werbung, Mittelstraße 11/1, 70180 Stuttgart, Telefon +49 (711) 23960 0, Telefax +49 (711) 23960 49, contact@vischer-bernet.de

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.

Regionale Kontakte

Berlin

Marcus Hotze
marcus.hotze@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (30) 52133 0

Düsseldorf

Dr. Detlef Mäder
detlef.maeder@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (211) 5660 0

Eschborn/Frankfurt a.M.

Dr. Wulff-Axel Schmidt
wulff-axel.schmidt@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (6196) 592 0

Hamburg

Dr. Geert Johann Seelig
geert.johann.seelig@luther-lawfirm.com
Dr. Kay Oelschlägel
kay.oelschlaegel@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (40) 18067 0

Köln

Dr. Markus Sengpiel
markus.sengpiel@luther-lawfirm.com
Dr. Michael Rath
michael.rath@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (221) 9937 0

München

Dr. Stefan Müller
stefan.mueller@luther-lawfirm.com
Dr. Matthias Orthwein, LL.M. (Boston)
matthias.orthwein@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (89) 23714 0

Stuttgart

Carsten Andreas Senze
carsten.a.senze@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (711) 9338 0

Zusätzlich zu den regionalen Ansprechpartnern steht Ihnen als zentraler Kontakt für alle Anfragen im Bereich Informationstechnologie Herr Dr. Markus Sengpiel, Telefon +49 (221) 9937 0, und für Anfragen im Bereich Intellectual Property Herr Dr. Wulff-Axel Schmidt, Telefon +49 (6196) 592 0, gerne zur Verfügung.

www.luther-lawfirm.com

Die Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH beschäftigt in Deutschland rund 280 Rechtsanwälte und Steuerberater und berät in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts. Zu den Mandanten zählen mittelständische und große Unternehmen sowie die öffentliche Hand. Luther unterhält Büros an 13 deutschen Standorten sowie in Brüssel, Budapest, Istanbul, Shanghai und Singapur und gehört dem internationalen Kanzleiverbund PMLG sowie Taxand, dem weltweiten Netzwerk unabhängiger Steuerberatungspraxen, an.

Berlin, Dresden, Düsseldorf, Eschborn/Frankfurt a. M., Essen, Hamburg, Hannover, Köln, Leipzig, Mannheim, München, Nürnberg, Stuttgart | Brüssel, Budapest, Istanbul, Shanghai, Singapur

