

# Luther.

## IP/IT

(Intellectual Property /  
Information Technology)

Newsletter 1. Ausgabe 2013

# Das Beschäftigten- datenschutzgesetz kommt nun doch!?

Der Überraschungseffekt hätte kaum größer sein können: Das Beschäftigtendatenschutzgesetz, das viele aufgrund der geplanten Einführung der auch für Deutschland künftig geltenden europäischen Datenschutz-Grundverordnung und der nunmehr über zwei Jahre währenden, kaum enden wollenden kontroversen Diskussionen um dessen Inhalt längst abgeschrieben hatten, soll nun doch zeitnah in geltendes Recht umgesetzt werden.

Ziel der Bundesregierung war, den „Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes“ (BT-Drs. 17/4230) sowie ihren darauf bezogenen Änderungsantrag und den Änderungsantrag der Opposition im Innenausschuss des Bundestages am 16. Januar 2013 zu diskutieren. Aus Zeitgründen wurde der Tagesordnungspunkt allerdings wieder gestrichen und auf einen Termin Ende Januar verschoben. Die geplante zweite und dritte Lesung im Bundestag wird daher wohl frühestens im Februar erfolgen.

Der Änderungsantrag der Regierung orientiert sich an dem ursprünglichen Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 15. Dezember 2010 (BT-Drs. 17/4230). Er unterscheidet sich inhaltlich nur in wenigen wesentlichen Punkten von seiner ursprünglichen Fassung aus dem Jahr 2010. Dies erstaunt nicht wenig, da der ursprüngliche Entwurf wegen seiner Lückenhaftigkeit, Intransparenz und dem fehlenden Praxisbezug seinerzeit von allen Seiten – nicht zuletzt von den Datenschutzaufsichtsbehörden – als unzumutbar eingestuft wurde und daher als abgeschrieben galt.

So bleiben höchst kritische Rechtsfragen wie beispielsweise die Frage des Umgangs mit der privaten Nutzung von Telekommunikationsdiensten, die damit einhergehende Einstufung des Arbeitgebers als Telekommunikations-Diensteanbieter und daraus resultierende Risiken bei der Sichtung von E-Mail-Korrespondenz, die Frage zum Beweisverwertungsverbot bei unzulässiger Datenerhebung und –verwendung sowie die Frage nach der Umsetzung des internationalen Konzerndatenaustauschs weiterhin von dem Gesetzesentwurf unbeantwortet.

Auch der Bereich der Videoüberwachung hat keine größeren Änderungen erfahren: Während die heimliche Videoüberwachung von Beschäftigten nun grundsätzlich unzulässig sein soll (eine Ausnahme gilt für die Überwachung mittels Ferngläsern

und Fotoapparaten), wird die offene Videoüberwachung von Betriebsstätten durch Arbeitgeber unter bestimmten Umständen künftig erlaubt sein. Ausreichend hierfür sind wichtige betriebliche Interessen des Arbeitgebers, denen keine überwiegenden schutzwürdigen Interessen der Beschäftigten am Unterlassen der Überwachung gegenüberstehen. Damit wird zumindest die offene Überwachung von Betriebsstätten bspw. zum Schutz vor Diebstählen – und damit auch der Beschäftigten – erheblich erleichtert. Erst kürzlich hatte das Bundesarbeitsgericht noch zur heimlichen Videoüberwachung geurteilt (Urteil vom 31. Juni 2012, Az. 2 AZR 153/11), dass diese als letztes Mittel zulässig sein kann, wenn der konkrete Verdacht einer Straftat besteht. Auch die Arbeitsgerichte werden sich also nach dem Gesetzesentwurf umorientieren müssen.

Der aktuelle Entwurf sieht auch Erleichterungen für Arbeitgeber im Bereich der Erhebung von allgemein zugänglichen Daten von Bewerbern vor: Künftig soll es erlaubt sein, Daten sowohl aus privat als auch aus beruflich genutzten sozialen Netzwerken ohne Mitwirkung des Bewerbers zu erheben. Eine Recherche über Facebook ist daher grundsätzlich möglich – gleichwohl sind dabei auch künftig die Persönlichkeitsrechte der Bewerber zu berücksichtigen, so dass die Recherche auf ein angemessenes Maß zu beschränken ist.

Zu begrüßen ist, dass im aktuellen Entwurf eine Regelung zur Datenübermittlung im Konzern (Konzernprivileg) aufgenommen wurde. Danach sollen künftig zwischen rechtlich selbständigen Unternehmen Beschäftigtendaten übermittelt werden können, soweit dies zur Wahrung eines sich aus der Konzernzugehörigkeit ergebenden berechtigten Interesses erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Beschäftigten an dem Ausschluss der Übermittlung überwiegt. Was allerdings berechnete Interessen sind, bleibt Auslegungssache, so dass hier – wie auch an anderen Stellen im Entwurf – ein gewisses Maß an Rechtsunsicherheit verbleibt. Zudem gilt diese Regelung nur für deutsche Unternehmen; ein Austausch von Daten innerhalb europäischer oder gar weltweit tätiger Konzerne wird nicht privilegiert. Im Ergebnis stellt diese Regelung daher kaum eine Erleichterung dar.

Von begrenztem Wert für Arbeitgeber sind auch die Regelungen betreffend Betriebsvereinbarungen: Da Kollektivvereinbarungen sich künftig strikt an den neuen Regelungen orientieren müssen, werden viele der bereits bestehenden Betriebsvereinbarungen überarbeitet werden müssen, damit sie ihre Gültigkeit behalten. Daneben werden die in diesem Zusammenhang bislang umsetzbaren Gestaltungsmöglichkeiten von Arbeitgeber und Betriebsrat stark eingeschränkt.

Im Ergebnis bleibt abzuwarten, wann und mit welchem Inhalt das Beschäftigtendatenschutzrecht tatsächlich verabschiedet wird. Selbst wenn die zweite und dritte Lesung im Bundestag im Februar dieses Jahres stattfinden sollte, haben u. a. die Gewerkschaften, die Arbeitgeberverbände und die Opposition Widerstand gegen das Gesetzesvorhaben der Regierung angekündigt. Die seitens der SPD-Fraktion vorgelegten Änderungsanträge verlangen bspw. eine Überarbeitung der Regelungen betreffend die Videoüberwachung oder den Abgleich von Kontodaten. Auch wenn der Bundesrat dem Gesetzesvorhaben grundsätzlich nicht mehr zustimmen muss (es handelt sich um ein sog. „Einspruchsgesetz“), ist davon auszugehen, dass er den Vermittlungsausschuss, das gemeinsame Gremium von Bundestag und Bundesrat, das bei Uneinigkeiten im Gesetzgebungsverfahren zwischen den Parteien vermittelt, anrufen wird, um auf den Gesetzentwurf einzuwirken.

Unternehmen können sich jedoch darauf einstellen, dass sie sich wohl spätestens im Frühjahr mit den Neuregelungen zum Beschäftigtendatenschutzgesetz auseinandersetzen und ihre Prozesse überarbeiten müssen. Wir werden Sie selbstverständlich über den Fortgang der Angelegenheit unterrichtet halten und Sie auf den in Ihrem Unternehmen erforderlichen Handlungsbedarf nach Verabschiedung des Gesetzes hinweisen.

# Downloadsoftware für verschlüsselte Streamingvideos verboten

(LG München, Urteil vom 26. Juli 2012 – Az.: 7 O 10502/12)

## Der Fall

Die Streamingplattform „myvideo.de“ hatte gegen den Softwareentwickler Freemium GmbH geklagt. Die Freemium GmbH entwickelte ein Softwaretool namens „TubeBox“, welches den Videodownload von verschiedenen Streamingplattformen ermöglichte. Durch Updates der Software wurden auch die ständig wechselnden Verschlüsselungsmethoden der Streamingplattformen umgangen, insbesondere solche von „myvideo.de“. Diese Verschlüsselungen sollen den direkten Download von urheberrechtlich geschütztem Material (insbesondere Musik) verhindern und somit einen wirksamen Kopierschutz darstellen. „myvideo.de“ klagte auf Unterlassung der Verbreitung, Herstellung und Bewerbung der Software „TubeBox“.

## Die Entscheidung

Das Landgericht München (LG München) gab der Unterlassungsklage statt und untersagte daraufhin der Beklagten, die Software weiterhin herzustellen, zu verbreiten und zu besitzen, soweit diese Software in der Lage ist, die Kopierschutzmechanismen von „myvideo.de“ zu umgehen und dadurch ein dauerhaftes Speichern urheberrechtlich geschützter Werke zu ermöglichen.

In seiner Begründung führte das Gericht aus, dass es sich bei den von „myvideo.de“ genutzten Verschlüsselungsmethoden um wirksame technische Schutzmaßnahmen im Sinne des § 95a Abs. 2 S. 2 Urbergesetz handele. Es komme grundsätzlich nicht darauf an, dass diese technischen Schutzmaßnahmen tatsächlich einen absoluten Schutz vor Vervielfältigung bieten. Wesentlich sei vielmehr, dass diese eine generelle Hürde darstellten, die von einem durchschnittlichen User nicht ohne weiteres überwunden werden könne.

## Unser Kommentar

Das Urteil ist sicherlich als Zwischenerfolg für Urheber und Verwertungsgesellschaften zu werten, jedoch im Hinblick auf die bereits ergangene Rechtsprechung zu technischen Schutzmaßnahmen im Ergebnis kaum als überraschend zu bezeichnen. Vor allem hat das Urteil keine direkten Auswirkungen auf die weiterhin existierende „juristische Grauzone“ für das reine Streamen (Echtzeitwiedergabe) von Musik und Videos. Hier bleibt es weiterhin umstritten, ob durch den reinen Streaming-Vorgang (kein Download) eine urheberrechtliche Vervielfältigung stattfindet, die grundsätzlich nur mit Zustimmung des Urhebers zulässig wäre. Mit Spannung zu erwarten ist daher eine Gerichtsentscheidung, die für „Streamer“ und Urheberrechtsinhaber endlich Rechtssicherheit schafft.

# Kein Wettbewerbsverstoß bei fehlender Angabe des Vertretungsberechtigten im Impressum einer Kapitalgesellschaft

(KG Berlin, Beschluss vom 21. September 2012 – Az.: 5: W 204/12)

## Der Fall

Eine französische Kapitalgesellschaft (SARL) hatte im Impressum ihres deutschsprachigen Online-Portals keinen Vertretungsberechtigten angegeben. Gegen das Unternehmen wurden deshalb Ansprüche wegen Verstoßes gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) geltend gemacht.

## Die Entscheidung

Das Kammergericht Berlin (KG Berlin) bestätigte die vorangegangene Entscheidung des Landgerichts Berlin (LG Berlin) in der Sache, wonach das Unternehmen zwar gegen seine Impressumpflichten (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 TMG) und seine Informationspflichten bei Fernabsatzverträgen (§ 312c Abs. 1 BGB) verstoßen habe, nicht jedoch gegen das UWG. Zwar bestimme § 4 Nr. 11 UWG, dass ein Verstoß gegen eine gesetzliche Vorschrift, „die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln“, zugleich einen Wettbewerbsverstoß darstelle. Das KG Berlin vertrat jedoch die Auffassung, dass es sich bei den genannten Vorschriften nicht um derartige gesetzliche Vorschriften handele. Es begründete dies im Wesentlichen damit, dass die Pflicht, den Vertretungsberechtigten einer Kapitalgesellschaft im Impressum anzugeben, nicht in der europäischen Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (Richtlinie 29/2005/EG) verankert sei. Diese Richtlinie solle in ihrem Anwendungsbereich jedoch eine vollständige Harmonisierung des Wettbewerbsrechts herstellen und regle daher abschließend, welche Geschäftspraktiken im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern und Verbrauchern unlauter sind. Sei eine Geschäftspraktik nach der Richtlinie nicht unlauter, könne sie daher auch nach deutschem Wettbewerbsrecht nicht unlauter sein.

Das Gericht bezog sich bei dieser Argumentation auf jüngere Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) und des Bundesgerichtshofs (BGH), in denen dieser Grundsatz formuliert worden war (u.a. EuGH, Urteil vom 14. Januar 2010 - Az.: C-304/08; BGH, Urteil vom 31. Mai 2012 - Az.: I ZR 45/11). Schließlich handele es sich bei der Angabe des Vertretungsberechtigten nach Auffassung des KG Berlin auch nicht um eine Information, die für die Entscheidungsfähigkeit von Verbrauchern im Sinne des § 5a Abs. 2 UWG „im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände einschließlich der Beschränkungen des Kommunikationsmittels wesentlich ist“. Verbraucher seien ohne diese Information nicht gehindert, rechtsgeschäftliche Erklärungen gegenüber dem Unternehmen abzugeben und würden diese auch nicht für eine Klage gegen das Unternehmen benötigen. Die gegen das Unternehmen geltend gemachten Ansprüche verneinte das KG Berlin daher. Andere Obergerichte haben in vergleichbaren Fällen anders entschieden. Z.B. bejahte das Oberlandesgericht Düsseldorf im Jahr 2008 einen Wettbewerbsverstoß für den Fall, dass der Vorname des Vertretungsberechtigten im Impressum abgekürzt wird (Urteil vom 4. November 2008 zum Az. I-20 U 125/08).

## Unser Kommentar

Der Beschluss des KG Berlin führt die jüngere Rechtsprechung des EuGH und BGH konsequent fort. Danach ist bei angeblichen Wettbewerbsverstößen stets zu prüfen, inwieweit die herangezogene Vorschrift des UWG in der genannten Richtlinie eine Grundlage hat. Soweit es an einer solchen Grundlage fehlt, kann das beanstandete Verhalten nicht als Wettbewerbsverstoß angesehen werden. Konkurrenten, Wettbewerbszentralen u.a. können in einem derartigen Fall also keinen Wettbewerbsverstoß geltend machen. Ob andere Obergerichte nach der jüngeren Rechtsprechung des EuGH und des BGH in Fällen wie dem vorliegenden künftig ebenso entscheiden oder gleichwohl Argumente für einen Wettbewerbsverstoß finden werden, bleibt allerdings abzuwarten. Darüber hinaus handelt es sich in diesen Fällen weiterhin um Verstöße gegen das TMG und BGB, die mit einem Bußgeld geahndet werden können. Auf ein korrektes Impressum sollten Unternehmen daher in jedem Fall achten.

# Rechtserhaltende Benutzung einer Gemeinschaftsmarke durch Benutzung in einem Mitgliedsstaat ausreichend?

(EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2012 – Az.: C-149/11)

## Der Fall

Die der Markeneintragung Widersprechende legte aus ihrer Gemeinschaftsmarkenregistrierung „ONEL“ (Dienstleistungen der Klassen 35, 41 und 42) Widerspruch gegen die Benelux-Marke „OMEL“ (Dienstleistungen der Klassen 35, 41 und 45) ein. Die Anmelderin gestand zu, dass die Widerspruchsmarke „ONEL“ im relevanten Zeitraum in den Niederlanden rechtserhaltend benutzt worden war sowie eine Verwechslungsgefahr zwischen den beiden Zeichen besteht. Für die übrigen Länder der Gemeinschaft hatte die Widersprechende jedoch keinen Nachweis für die Benutzung ihrer Marke „ONEL“ erbracht. Uneinigkeit bestand daher zwischen den Parteien darüber, ob diese Benutzung in einem einzigen Mitgliedsstaat zum Nachweis der ernsthaften Benutzung der Gemeinschaftsmarke „ONEL“ ausreicht, oder ob eine Benutzung in (zumindest) einem weiteren Mitgliedsstaat zu erfolgen hat. Der angerufene niederländische Gerichtshof Den Haag legte diese Fragen zur Vorabentscheidung dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) vor.

## Die Entscheidung

Der EuGH entschied, dass für die Frage, ob eine Gemeinschaftsmarke rechtserhaltend benutzt wird, die Grenzen des Hoheitsgebietes der Mitgliedsstaaten außer Betracht zu lassen sind.

Unter Hinweis auf seine bisherige Rechtsprechung (vgl. Urteil vom 11. März 2003 – Az.: C-40/01 („Ansul“); Urteil vom 11. Mai 2006 – Az.: C-416/04 („Sunrider/HABM“); Beschluss vom 27. Januar 2004 – Az.: C-259/02 („La Mer Technology“)) weist er darauf hin, dass die Größe des Hoheitsgebietes, in dem die Benutzung erfolgt, nur einer von mehreren zu berücksichtigenden Faktoren sei. Zu prüfen sei, ob die Marke entsprechend ihrer Hauptfunktion, die Ursprungsidentität der für ihre

Eintragung erfassten Waren oder Dienstleistungen zu garantieren, benutzt wird, um für diese Waren und Dienstleistungen einen Absatzmarkt zu erschließen oder zu sichern. Dabei komme es insbesondere darauf an, dass die Benutzung zu einer wirtschaftlich relevanten Präsenz der Waren und Dienstleistungen auf dem Markt beiträgt. Zu berücksichtigen seien daher der Marktanteil für die durch die Marke geschützten Waren oder Dienstleistungen, die Art der geschützten Waren und Dienstleistungen, die Merkmale des Marktes, die Größe des Gebiets sowie der quantitative Umfang und die Häufigkeit und Regelmäßigkeit der Benutzung der Gemeinschaftsmarke.

Die Größe des Gebietes, in welchem die Gemeinschaftsmarke verwendet werde, könne mithin in der Gesamtschau dieser Faktoren für das Erfordernis einer ernsthaften Benutzung eine Rolle spielen. Allerdings stelle dies nur einen Gesichtspunkt dar, der in die Gesamtanalyse einzubeziehen sei.

## Unser Kommentar

Mit dem vorliegenden Urteil analysiert der EuGH eine für das Gemeinschaftsmarkenrecht wesentliche Frage: Eine rechtserhaltende Benutzung einer Gemeinschaftsmarke in nur einem Mitgliedsstaat kann unter Umständen zum Nachweis der rechtserhaltenden Benutzung dieser Marke ausreichen. Scheitert der Nachweis der rechtserhaltenden Benutzung, hat dies für den Markeninhaber einschneidende Folgen, da er aus dieser Marke dann keine Rechte herleiten kann.

Auch wenn vordergründig das Erfordernis der ernsthaften Benutzung einer Gemeinschaftsmarke sich möglicherweise nicht von den Anforderungen an eine nationale Marke unterscheidet, ist die Entscheidung des EuGH zutreffend: Sie berücksichtigt die Konzeption der Gemeinschaftsmarke als unitäres Recht, das im gesamten Gebiet der EU einen einheitlichen Schutz genießt und in den derzeit 27 Mitgliedsstaaten eine einheitliche Wirkung entfaltet. Die Größe des Gebiets des betreffenden Mitgliedsstaates ist insoweit ein wichtiges Kriterium (vgl. auch: BPatG, Beschluss vom 14. April 2011 – Az.: 30 W (pat) 1/10 („TOLTEC/TOMTEC“)). Es stellt aber eben nur einen Aspekt der ernsthaften Benutzung dar, der neben den anderen Aspekten zu prüfen ist.

Die Kriterien des EuGH zur Bekanntheit einer Gemeinschaftsmarke (vgl. Urteil vom 6. Oktober 2009 – Az.: C-301/07 („PAGO International“)), wonach bereits die Bekanntheit in einem Mitgliedsstaat (dort: Österreich) ausreichen kann, um der bekannten Marke gemeinschaftsweiten Schutz gegen eine unlautere Ausnutzung ihrer Unterscheidungskraft und Wertschätzung zu verleihen, sind nicht auf die Frage der rechtserhaltenden

Benutzung übertragbar. Denn die Beurteilung der Ernsthaftigkeit der Benutzung einer Gemeinschaftsmarke beruht auf dem quantitativen und qualitativen Umfang ihrer Benutzung und ihre Wirkung auf den Binnenmarkt. Dies verbietet eine im Vorhinein abstrakte Festlegung auf eine bestimmte Gebietsgröße.

Markeninhaber können sich angesichts dieser flexiblen Kriterien der rechtserhaltenden Benutzung des EuGH jedoch auch weiterhin nicht darauf verlassen, dass die Benutzung in einem (größeren) Mitgliedsstaat wie Deutschland ausreichen wird und es ist deshalb ratsam, strategische Überlegungen anzuführen, und so z.B. ihre Gemeinschaftsmarke zusätzlich durch eine nationale Marke abzusichern. Es bleibt nun abzuwarten, wie die Instanzgerichte und letztlich der BGH die EuGH-Kriterien für das (große) Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland auslegen werden.

# Unzulässige Werbung mit CE-Kennzeichnung

(OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 21. Juni 2012 – Az.: 6 U 24/11)

## Der Fall

In dem vorliegenden Fall warb der Hersteller von Spielwaren für seine Produkte mit der Aussage, dass diese „CE-geprüft“ seien. Diese Werbung nahm die Klägerin (neben einer weiteren Beanstandung von Kennzeichnungspflichten nach dem TKG) zum Anlass, den beklagten Hersteller auf Unterlassung in Anspruch zu nehmen. Nachdem das Landgericht Frankfurt a.M. (LG Frankfurt) eine wettbewerbswidrige Irreführung nicht zuerkannt hatte, hat das Oberlandesgericht Frankfurt a.M. (OLG Frankfurt) den in der Berufungsinstanz weiterverfolgten Unterlassungsanspruch nunmehr zugesprochen.

## Die Entscheidung

Das OLG Frankfurt entschied, dass die Angabe „CE-geprüft“ für das zugrundeliegende Produkt irreführend (§ 5 UWG) sei, weil die Angabe „CE-geprüft“ (unabhängig von der Frage einer Werbung mit Selbstverständlichkeiten) bei dem angesprochenen Verkehr den Eindruck erwecke, die beworbenen Spielzeugwaren seien einer Überprüfung durch eine vom Hersteller unabhängigen Stellen unterzogen worden. Dieser Eindruck sei unzutreffend, weil der Verwender mit dem CE-Zeichen lediglich selbst die Konformität seines Produkts mit den einschlägigen Vorschriften bestätige. Die hervorgerufene Fehlvorstellung sei auch geeignet, die Kaufentscheidung zu beeinflussen. Die demnach unlautere geschäftliche Handlung sei weiter geeignet, die Entscheidungsfähigkeit des Verbrauchers spürbar zu beeinträchtigen.

## Unser Kommentar

Werbung mit Prüfkennzeichen und Gütesiegeln stellen ein beliebtes Werbemittel für Unternehmen dar, insbesondere weil sie dem Verbraucher als Orientierung dienen und Produkte positiver erscheinen lassen. Die Vielzahl der Rechtsstreitigkeiten in diesem Zusammenhang belegt jedoch, dass häufig Schwierigkeiten bei der Ausgestaltung solcher Werbemaßnahmen bestehen. Dies gilt auch für die streitgegenständliche Werbung mit CE-Kennzeichen.

Mit der CE-Kennzeichnung erklärt der Hersteller gemäß EU-Verordnung 765/2008, dass das Produkt den geltenden Anforderungen genügt, die in den Harmonisierungsrechtsvorschriften der Gemeinschaft über ihre Anbringung festgelegt sind. Die CE-Kennzeichnung darf nur auf Produkten angebracht werden, für die sie rechtlich vorgeschrieben ist. Die CE-Kennzeichnung stellt insoweit ein Zeichen da, das die Verkehrsfähigkeit entsprechend gekennzeichnete Produkte im Europäischen Binnenmarkt zum Ausdruck bringt.

Bei der Werbung mit CE-Kennzeichen ist daher Vorsicht geboten. Die Rechtsprechung bewertete bislang ohnehin eine Vielzahl der Bewerbungen mit „CE-Kennzeichen“ als unzulässige Werbung mit Selbstverständlichkeiten, da die Anbringung des Siegels gesetzlich vorgeschrieben ist.

Darüber hinaus sieht das Gericht im vorliegenden Fall nunmehr eine Irreführung der Verbraucher durch die Darstellung als „CE-geprüft“, da bei dem angesprochenen Verkehr der Eindruck erweckt wird, die beworbenen Waren seien einer Überprüfung durch eine vom Hersteller unabhängige Stelle unterzogen.

Dieser Rechtsprechung folgend sollte die Werbung von Waren mit „CE-geprüft“ oder „CE-zertifiziert“ unbedingt vermieden werden, da sie (abgesehen von der Frage einer Werbung mit Selbstverständlichkeiten) irreführend sein kann.

# Bestätigungsemail beim Double-Opt-in ist Spam

(OLG München, Urteil vom 27. September 2012 – Az.: 29 U 1682/12)

## Der Fall

Das Oberlandesgericht München (OLG München) hatte in seinem Urteil vom 27. September 2012 darüber zu entscheiden, ob die unaufgeforderte Zusendung von E-Mails zur Bestätigung des Bezugs eines Newsletters, den die Beklagte auf Ihrer Internetseite anbietet, als unerlaubte Werbung einzuordnen ist. Die Entscheidung bezieht sich dabei auf das Verfahren des sog. „Double-Opt-In“, bei dem der Abonnierende seine Mail-Adresse in ein entsprechendes Feld auf der Homepage einträgt und dann eine Bestätigungsnachricht erhält, auf die er antworten oder bei der er einen Link aktivieren muss. Erst bei Aktivierung des Bestätigungs-Links wird dann der eigentliche Newsletter versandt.

## Die Entscheidung

Im Kern geht es bei der Entscheidung um die Frage, ob die dem Kläger zugesandte Bestätigungs-E-Mail auf dessen Einverständnis beruhte. Nach dem Gesetz stellt jede Werbung unter Verwendung elektronischer Post ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten eine unzumutbare Belästigung dar. Zwar hatte die Beklagte behauptet der Kläger habe sich zuvor für den Newsletter angemeldet, konnte aber diese Anmeldung nicht nachweisen. Aus diesem Grund sah das OLG München bereits in der ersten E-Mail eine dem Adressaten ohne dessen Einwilligung zugesandte Werbe-E-Mail (Spam). Für die Einwilligung trägt der Werbende die Darlegungs- und Beweislast. Für den Nachweis der Einwilligung hält das OLG München es für erforderlich, dass der Werbende die konkrete Einwilligungserklärung jedes einzelnen Verbrauchers vollständig dokumentiert. Ungeeignet seien dabei Verfahren, bei denen unklar sei, ob die Einwilligungserklärung tatsächlich von dem kontaktierten Verbraucher stammt. Wesentlich für die Entscheidung war danach die Frage, ob die dem Verbraucher zugesandte E-Mail, die zunächst nur die Bestätigung der E-Mailadresse ohne konkreten Werbebezug zum Gegenstand hatte, überhaupt als Werbung einzuordnen ist. Das OLG München hat dabei einen denkbar weiten Begriff der Werbung angewendet, der jedoch im Einzelnen nicht weiter begründet wurde.

## Unser Kommentar

Das Urteil bewegt sich an der Schnittstelle zwischen dem grundsätzlich berechtigten Interesse eines Unternehmens an einem angemessenen Onlinemarketing und dem Interesse des Verbrauchers, vor Spamwerbung geschützt zu werden. Das Double-Opt-In-Verfahren wird jedoch (entgegen der teilweise anderslautenden Kommentierung des Urteils) dabei nicht grundsätzlich in Frage gestellt, sondern lediglich insoweit konkretisiert, dass auch die ursprüngliche, auf der Internetseite des Anbieters vorgesehene Eingabe der E-Mail-Adresse durch den Besteller eines Newsletters gespeichert und zum Nachweis bereitgehalten werden muss.

# Auskunftsanspruch gegen den Internet-Provider über Nutzer von IP-Adressen

(BGH, Beschluss vom 19. April 2012 – Az.: I ZB 80/11)

## Der Fall

Der von dem Bundesgerichtshof (BGH) zu entscheidende Fall hatte eine Rechtsbeschwerde des Musikvertriebs des Sängers Xavier Naidoo gegen die Deutsche Telekom auf Auskunft über die IP-Adressen von Nutzern zum Gegenstand. Diese hatten das Lied „Bitte hör nicht auf zu träumen“ aus dem Xavier Naidoo Album „Alles kann besser werden“ über eine Online-Tauschbörse zum Herunterladen angeboten. Das Landgericht und das Oberlandesgericht Köln (LG und OLG Köln) hatten den Auskunftsantrag abgelehnt. Der BGH hat demgegenüber dem Antrag stattgegeben.

Die entscheidende Frage war, ob sich das gewerbliche Ausmaß i. S. v. § 101 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 UrhG auf den Verletzer oder auf das zur Auskunft zu verpflichtende Unternehmen bezieht. Das LG und das OLG Köln hatten ihre ablehnende Entscheidung darauf gestützt, dass die begehrte Anordnung eine Rechtsverletzung in gewerblichem Ausmaß voraussetze, die im vorliegenden Fall nicht gegeben sei. Das OLG führte zudem aus, dass das Album bereits im Jahre 2009 erschienen war, und das öffentliche Zugänglichmachen im September 2011 außerhalb der relevanten Verwertungsphase erfolgt sei. Aufgrund einer abweichenden Entscheidung des OLG München, das beim Angebot urheberrechtlich geschützter Musik auf einer Online-Tauschbörse grundsätzlich vom Vorliegen eines gewerblichen Ausmaßes ausgegangen war (vgl. GRUR-RR 2012, 68ff), ließ das OLG Köln die Beschwerde zum BGH zu.

## Die Entscheidung

Der BGH hat die Rechtsbeschwerde als begründet erachtet. Nach Ansicht des BGH setzt der in Fällen offensichtlicher Rechtsverletzung bestehende Anspruch aus § 101 Abs. 1 Nr. 3 UrhG auf Auskunft gegen eine Person nicht voraus, dass die rechtsverletzenden Tätigkeiten das Urheberrecht oder ein anderes nach dem Urheberrecht geschütztes Recht in gewerblichem Ausmaß verletzt haben.

Der BGH stützt diese Auffassung zum einen auf den Wortlaut der Norm: Der Begriff des „gewerblichen Ausmaßes“ in § 101 Abs. 2 S. 1 UrhG beziehe sich gerade nicht auf das Wort „Rechtsverletzung“, sondern auf das in § 101 Abs. 2 Nr. 3 stehende „Erbringen von Dienstleistungen“. Zudem führe auch eine Auslegung der Norm nach ihrem Sinn und Zweck zum gleichen Ergebnis: Der Auskunftsanspruch gegen Dritte sei kein Hilfsanspruch zur Vorbereitung des Auskunftsanspruchs gegen den Verletzer. Vielmehr soll dieser es dem Rechtsinhaber ermöglichen, überhaupt erst den Rechtsverletzer zu ermitteln. Demnach sei der Auskunftsanspruch gegen Dritte ein Hilfsanspruch zur Vorbereitung von Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen gegen den Verletzer. Daraus folge, dass er nicht an die Bedingung geknüpft sei, dass die Voraussetzungen eines Auskunftsanspruchs gegen den Verletzer aus § 101 Abs. 1 UrhG vorliegen.

Des Weiteren stützt der BGH seine Ansicht auf weitere Ansprüche zur Drittauskunft in anderen Gesetzen zum Schutz des geistigen Eigentums: Auch dort sei kein gewerbliches Ausmaß erforderlich. Auch die Richtlinie 2004/48/EG stehe dem nicht entgegen, da sie zwar grundsätzlich ein gewerbliches Ausmaß verlange, die Mitgliedstaaten jedoch unbeschadet davon weitergehende Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums treffen könnten. Letztlich stellt der BGH fest, dass der Antrag „unter Abwägung der betroffenen Rechte des Rechtsinhabers, des Auskunftspflichtigen und der Nutzer sowie unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in aller Regel ohne weiteres begründet“ sei.

## Unser Kommentar

Anders als noch die Instanzgerichte hat der BGH dem „gewerblichen Ausmaß“ der Rechtsverletzung keine Bedeutung zugemessen. Die Entscheidung ist zu begrüßen, da sie die unterschiedliche Auslegungspraxis des Begriffs des „gewerblichen Ausmaßes“ der Instanzgerichte entfallen lassen dürfte und so die vorhandene Rechtsunsicherheit beseitigt.

In der Praxis bedeutet der Beschluss des BGH einen großen Erfolg für die Musikindustrie: Auskunftsbegehren werden in Zukunft einfacher durchzusetzen sein. Damit einhergehend müssen sich die Nutzer der Online-Tauschbörsen darauf einstellen, häufiger als bisher der Gefahr einer Inanspruchnahme durch die Rechteinhaber ausgesetzt zu sein.

## Veranstaltungen

Termin	Thema/Referent	Veranstalter/Ort
06. März 2013	<p>Praxisseminar Forum Institut                      Internetvertrieb – Aktuelle Rechtsprechung,                      Entwicklungen und Problemfelder                      (Dr. Maximilian Dorndorf                      Dr. Holger Stappert                      Anne Caroline Wegner, LL.M.                      (European University Institute))</p>	Forum Institut, Köln
09. April 2013 – 10. April 2013	<p>WORLD of CLOUD                      Datenschutz in der Cloud                      (Dr. Michael Rath)</p>	Management Circle AG, Frankfurt a. M.
13. Mai 2013 – 14. Mai 2013	<p>iico2013                      Cloud Computing – Datenschutz und „richtig                      gute“ Cloud-Verträge                      (Dr. Jörg Alshut)</p>	Infopark AG, Berlin

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

#### Impressum

*Verleger:* Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Anna-Schneider-Steig 22, 50678 Köln, Telefon +49 221 9937 0

Telefax +49 221 9937 110, [contact@luther-lawfirm.com](mailto:contact@luther-lawfirm.com)

*V.i.S.d.P.:* Dr. Michael Rath, Partner

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Anna-Schneider-Steig 22  
50678 Köln, Telefon +49 221 9937 25795

[michael.rath@luther-lawfirm.com](mailto: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](mailto: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. Falls Sie künftig keine Informationen der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH erhalten möchten, senden Sie bitte eine E-Mail mit dem Stichwort „IP/IT“ an [unsubscribe@luther-lawfirm.com](mailto: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. Die Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH ist das deutsche Mitglied von Taxand, einem weltweiten Zusammenschluss unabhängiger Steuerberatungsgesellschaften.

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

Ihren Ansprechpartner finden Sie auf [www.luther-lawfirm.com](http://www.luther-lawfirm.com)

**Auf den Punkt. Luther.**

