

---

Newsletter, 4. Ausgabe 2010

---

# IP/IT

## Intellectual Property/ Information Technology

---

<b>Beschäftigtendatenschutz: Endlich Rechtssicherheit?</b>	Seite 2
<b>Hinweispflicht im Internet bei gleichnamigen Unternehmen</b> (BGH, Urteil vom 31. März 2010)	Seite 4
<b>Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zum deutschen Glücksspielmonopol</b> (EuGH, Urteil vom 8. September 2010)	Seite 5
<b>„(K)ein Weg zurück“ – Wiederaufnahme eines rechtskräftig abgeschlossenen Verletzungsverfahrens im Sortenschutz</b> (BGH, Urteil vom 29. Juli 2010)	Seite 6
<b>Software als Medizinprodukt</b>	Seite 8
<b>Luxemburg – Neue Wahlheimat für IP-Rechte mit Steuervorteil?</b>	Seite 9
<b>Aktuelle Veranstaltungen</b>	Seite 10



# Beschäftigtendatenschutz: Endlich Rechtssicherheit?

Am 25. August 2010 hat das Bundeskabinett den Entwurf neuer Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz vorgelegt. Die Beratung im Bundesrat erfolgte am 5. November 2010. In der diesbezüglichen Stellungnahme des Bundesrates werden noch zahlreiche Änderungsvorschläge unterbreitet. Auch andere Gremien kritisieren teilweise heftig den aktuellen Stand des Entwurfes. Bislang wird deshalb davon ausgegangen, dass der Entwurf frühestens nächstes Jahr Gesetz wird, da er erhebliches Diskussionspotential birgt.

Eigentlich sollte die Einführung der §§ 32a – 32l des Entwurfs des Bundesdatenschutzgesetzes („BDSG-E“) Rechtssicherheit im Bereich des Beschäftigtendatenschutzes schaffen. Zudem sollten praxismgerechte Regelungen eingeführt und die Unsicherheiten, die der seit 2009 für dieses Gebiet geltende und hoch umstrittene § 32 BDSG birgt, ausgeräumt werden. Diese Ziele erreicht der Entwurf nur bedingt: Der Entwurf beinhaltet lediglich eine Vielzahl von Einzelfallregelungen, die jeweils einem der Datenschutzskandale der letzten Jahre zugeordnet werden können bzw. schon vorhandene Rechtsprechung in Gesetzesform umsetzen. In den Regelungen finden sich zudem eine Vielzahl von unbestimmten Rechtsbegriffen und Verhältnismäßigkeitsprüfungen. Darüber hinaus wurde eine sehr unübersichtliche Verweisungstechnik gewählt, die es dem Anwender nicht leicht machen wird, das Gesetz zu verstehen und pragmatisch anzuwenden. Nachfolgend eine kurze Zusammenfassung der wesentlichen Regelungen des Gesetzentwurfes:

## **Umgang mit personenbezogenen Daten im Rahmen von Bewerbungen**

§§ 32, 32a und 32b BDSG-E regeln als Spezialnormen, welche personenbezogenen Daten von dem Arbeitgeber für welchen Zweck im Rahmen von Bewerbungen erhoben, verarbeitet und genutzt werden dürfen. So dürfen bspw. Fragen nach der Schwerbehinderteneigenschaft gar nicht mehr oder nach der Nationalität entsprechend § 8 Abs. 1 AGG nur noch gestellt werden, wenn diese Information für die Ausübung der Tätigkeit erforderlich ist. Die anonyme Bewerbung wird damit wohl das Modell der Zukunft werden. Geregelt werden soll auch, wann beispielsweise ärztliche Untersuchungen oder Eignungstests zulässig sind. Diese sollen künftig nur noch mit Einwilligung des Bewerbers und bei Relevanz für die jeweilige Tätigkeit möglich sein.

Auch Informationsabrufe aus dem „Web 2.0“ sind Gegenstand des Gesetzes: Der Arbeitgeber soll in Zukunft keine Daten über Bewerber in sozialen Netzwerken mehr erheben dürfen, sofern das Netzwerk der Kommunikation und nicht der Darstellung der beruflichen Qualifikation dient. Der Arbeitgeber dürfte dann also in XING nachschauen, aber nicht in studiVZ oder Facebook. Letztlich bleibt fraglich, wie der Bewerber verhindern soll, dass der Arbeitgeber trotzdem bei Facebook sein Profil anklickt oder aber über Suchmaschinen diese Informationen auffindet.

## **Umgang mit personenbezogenen Daten im Rahmen von bestehenden Beschäftigungsverhältnissen**

§§ 32c und 32d BDSG-E regeln den Umgang mit Daten während des Beschäftigungsverhältnisses. Dabei soll künftig in engen Grenzen auch eine Leistungs- und Verhaltenskontrolle zulässig sein.

Darüber hinaus sind für Ortungssysteme (§ 32g BDSG-E) und biometrische Verfahren (§ 32h BDSG-E) ergänzende Sonderregelungen vorgesehen, die regeln, für welche Zwecke der Arbeitgeber bspw. seine Speditionsfahrer überwachen darf. Auch diese Regeln bergen indes Fallstricke: Bei enger Auslegung des § 32h BDSG-E könnte bspw. davon ausgegangen werden, dass künftig jedes Lichtbild eines Arbeitnehmers nur noch mit dessen Einwilligung genutzt werden darf. Damit würde wohl so manche Mitarbeiterzeitung auf entsprechende Abbildungen künftig verzichten müssen.

Bemerkenswert ist darüber hinaus, dass der Arbeitgeber künftig Beschäftigtendaten u. a. nicht mehr nutzen darf, um ein Gesamtbild der wesentlichen geistigen oder Charaktereigenschaften des Beschäftigten zu erstellen, § 32d Abs. 5 BDSG-E. Genaugenommen dürften Arbeitgeber damit künftig weder Beschäftigte beurteilen noch Zeugnisse ausstellen. Auch hier besteht daher Nachbesserungsbedarf.

## **Unternehmensinterne Ermittlungen und Untersuchungen**

Positiv zu vermerken ist, dass die längst überfälligen Regelungen zum Umgang mit unternehmensinternen Ermittlungen und Untersuchungen in den Gesetzentwurf integriert wurden, § 32d Abs. 3 und § 32e BDSG-E. Soweit es sich um die Einsichtnahme in E-Mails durch den Arbeitgeber handelt, gilt § 32i BDSG-E als Sondervorschrift, der wiederum auf die §§ 32c, d und e BDSG-E verweist.

Dem Arbeitgeber wäre es danach künftig erlaubt, mit Kenntnis des Beschäftigten verhältnismäßige Maßnahmen zu ergreifen, um Straftaten oder schwerwiegende Pflichtverletzungen aufzudecken. Die Maßnahmen müssen zunächst anonymisiert oder pseudonymisiert erfolgen. Wird dabei ein Verdachtsfall erkannt, ist die Personalisierung zulässig.

In bestimmten Grenzen sind nach dem Entwurf solche Maßnahmen künftig sogar ohne Kenntnis des Beschäftigten gestattet. Voraussetzung ist dann, dass ein begründeter Verdacht auf Begehung einer Straftat oder einer schweren Pflichtverletzung vorliegt und die Maßnahmen der Aufdeckung bzw. Verhinderung weiterer damit zusammenhängender Straftaten dienen. Sämtliche Maßnahmen müssen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz berücksichtigen und es muss eine Dokumentation der Verdachtsmomente erfolgen.

Im Ergebnis werden damit allerdings anlassunabhängige Kontrollen unzulässig, sodass die zurzeit üblicherweise in Unternehmen praktizierten Compliance-Maßnahmen kritisch zu überprüfen sind. Daneben ist sorgfältig abzuwägen, welche Maßnahmen denn tatsächlich verhältnismäßig sind. Aufgrund der subjektiven Komponente der Verhältnismäßigkeitsprüfung verbleibt hier eine gewisse Unsicherheit, die gegebenenfalls durch die Gerichte oder Datenschutzaufsichtsbehörden erst noch geklärt werden muss.

### **Mitarbeiterüberwachung**

§ 32f BDSG-E regelt, dass die Videoüberwachung eines durch bspw. ein Zugangskontrollsystem gesicherten – also nicht öffentlich zugänglichen – Betriebsgeländes nur noch in bestimmten Fällen zulässig ist (bspw. zur Zutrittskontrolle, Schutz des Eigentums oder Wahrnehmung des Hausrechts). Die Überwachung muss offen erfolgen.

Die heimliche Videoüberwachung ist nur noch im Einzelfall zulässig, wenn bspw. ein konkreter Verdacht auf Begehung einer Straftat vorliegt. Ob dies tatsächlich praxisgerecht ist, um Arbeitgebern die Aufklärung von Straftaten oder auch die Durchführung von präventiven Maßnahmen zu ermöglichen, bleibt dahingestellt. Jedenfalls sind die vom Entwurf vorgesehenen Einschränkungen bei Dauer und Mittel von Ermittlungsmaßnahmen für die Praxis nur schwer umsetzbar: die Beobachtung darf nur an maximal 4 Tagen stattfinden und am Stück nicht länger als 24 Stunden andauern. Es ist davon auszugehen, dass die Aufklärung von entsprechenden Vorkommnissen erheblich erschwert wird und vorab genau zu prüfen ist, welche Maßnahmen denn nun tatsächlich ergriffen werden dürfen.

### **Die Nutzung von Telekommunikationsdiensten**

Als ewiger Dauerbrenner sorgt die Nutzung von Telefon, E-Mail und Internet im Arbeitsverhältnis für Rechtsunsicherheiten bei den Betroffenen. Die Konfliktsituation des Arbeitgebers besteht insbesondere dann, wenn er private Nutzung von Telefon, E-Mail und Internet gestattet oder duldet. Der Gesetzgeber hat es leider versäumt, zu diesem Fall, der in 2/3 der Unternehmen der Regelfall sein dürfte, eine Regelung zu treffen. Er verweist hier auf das Telekommunikationsgesetz, das für die private Nutzung Anwendung finden soll, und regelt ausschließlich die Datenerhebung bei dienstlicher Nutzung. Künftig soll bspw. der Zugriff auf dienstliche E-Mails bei Krankheit des Beschäftigten zulässig sein. Daneben wird das Mithören bzw. Aufzeichnen von Telefonaten im Call-Center unter bestimmten Umständen erlaubt. Wenn diese Regelung des Entwurfes auch ein erster Schritt in die richtige Richtung ist, sollte hier eine umfassende Regelung vorgesehen werden. Denn viele Unternehmen gestatten aus Gründen der Mitarbeiterzufriedenheit die private Nutzung; diese Praxis wird unter Berücksichtigung der damit einhergehenden Risiken zu überdenken sein.

### **Einwilligungserklärung und Betriebsvereinbarung**

§ 32i BDSG-E sieht in der derzeitigen Fassung vor, dass die Einwilligung im Arbeitsverhältnis grundsätzlich nicht mehr zulässig ist, es sei denn, sie ist vom Gesetz erlaubt. Erlaubnistatbestände finden sich nur in einzelnen Fällen, so bspw. im Rahmen der Gesundheitsuntersuchung. Ob diese Regelung, die den Beschäftigten ihr Recht auf eigene Entscheidung nimmt und den Vorgaben der europäischen Datenschutzrichtlinie 95/46/EG wohl widerspricht, bestehen bleibt, ist abzuwarten. Zu begrüßen ist, dass endlich Rechtsicherheit im Bereich der Betriebsvereinbarungen geschaffen wurde: Diese sind nun als Rechtsvorschrift im Sinne des BDSG anerkannt.

### **Unser Kommentar**

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der Gesetzentwurf viele Fallstricke birgt und sich in der jetzigen Form wohl in der Praxis nur schwer umsetzen lassen wird. Es bleibt abzuwarten, ob der Gesetzgeber hier den erheblichen Nachbesserungsbedarf erkennt und vor Verabschiedung des Entwurfes entsprechende Anpassungen vornimmt.

# Hinweispflicht im Internet bei gleichnamigen Unternehmen

(BGH, Urteil vom 31. März 2010)

## Der Fall

Der Bundesgerichtshof (BGH) hatte mit seinem Urteil vom 31. März 2010 (Az. I ZR 174/07) darüber zu entscheiden, wie zwei berechtigt gleichnamige Unternehmen ihre Internetauftritte zu gestalten haben. In dem Verfahren standen sich zwei Bekleidungshäuser gegenüber, die beide unter der Bezeichnung „Peek & Cloppenburg“, aber an verschiedenen Standorten tätig sind. Die Unternehmen sind rechtlich und wirtschaftlich voneinander unabhängig. Die Beklagte führt ihren Namen seit 1911 und betreibt Filialen im norddeutschen Raum. Die Klägerin trägt ihren Namen jedenfalls seit 1972 und ist im übrigen Bundesgebiet tätig.

Die Klägerin ist Inhaberin des Internet-Domainnamens „peekundcloppenburg.de“, den sie seit August 2000 als Internetadresse und Bestandteil ihrer E-Mail-Adresse („...@peekundcloppenburg.de“) benutzt und bewirbt. Die Beklagte hatte bis September 2003 in ihrer Printwerbung ausschließlich auf die Domainnamen „p-und-c.de“ und „puc-online.de“ hingewiesen. Erst seit September 2003 warb die Beklagte mit dem Domainnamen „peek-und-cloppenburg.de“, den sie seit November 2003 auch als Bestandteil ihrer E-Mail-Adresse („...@peek-und-cloppenburg.de“) benutzte. Die Beklagte verwendete auf ihrer Webpräsenz zudem die Bezeichnung „Peek & Cloppenburg“ ohne weitere Zusätze und hatte auf ihrer Webpräsenz nur mit der Bezeichnung „Peek & Cloppenburg“ versehene Werbebeilagen eingestellt.

Die Klägerin machte geltend, zwischen den Parteien bestehe hinsichtlich der Berechtigung zur Nutzung der Unternehmensbezeichnung „Peek & Cloppenburg“ jedenfalls eine Gleichgewichtslage, die die Beklagte durch die beanstandete Verwendung der geschäftlichen Bezeichnung seit September 2003 verletze. Die Klägerin begehrte daher Unterlassung der Nutzung von „peek-und-cloppenburg.de“ sowie der Werbeinlagen in der beanstandeten Form.

## Die Entscheidung

Der BGH gab der Klägerin teilweise Recht und fällte ein durchaus „salomonisches Urteil“:

Zunächst stellte der BGH fest, dass zwischen beiden Parteien eine Gleichgewichtslage entstanden ist und deshalb

das Recht der Gleichnamigkeit anzuwenden ist, da beide Parteien jahrelang unbeanstandet nebeneinander bestanden haben. Aus diesem Grund muss der Inhaber des prioritätsälteren Zeichens die Nutzung des identischen Zeichens durch den Inhaber des prioritätsjüngeren Kennzeichenrechts trotz bestehender Verwechslungsgefahr grundsätzlich dulden.

Der BGH bestätigte seine ständige Rechtsprechung, dass eine bestehende Gleichgewichtslage, die zur Nutzung eines verwechslungsfähigen Unternehmenskennzeichens berechtigt, durch eine (nachträgliche) Erhöhung der Verwechslungsgefahr gestört werden kann. Im Folgenden nahm er an, dass der beeinträchtigte Kennzeicheninhaber eine solche Störung nur dann hinnehmen müsse, wenn der andere ein schutzwürdiges Interesse an der Benutzung habe und alles Erforderliche und Zumutbare tue, um einer Erhöhung der Verwechslungsgefahr weitestgehend entgegenzuwirken. Gemäß diesen Grundsätzen urteilte der BGH im Streitfall wie folgt:

Der BGH hat eine Verwechslungsgefahr und damit eine Störung der Gleichgewichtslage durch die Beklagte aus mehreren Gründen angenommen. Die Beklagte hat die Bezeichnungen „peek-und-cloppenburg.de“ als Internetadresse und die Bezeichnung „info@peek-und-cloppenburg.de“ als E-Mail-Adresse benutzt und beworben. Außerdem hat sie die Bezeichnung „Peek & Cloppenburg“ auf ihrer Internetseite und auf dort eingestellten Werbebeilagen verwendet.

Allerdings hat der BGH ein schutzwürdiges Interesse der Beklagten angenommen, ihr Firmenschlagwort als Bestandteil von Internet- und E-Mail-Adressen zu verwenden. Denn wer das eigene Firmenschlagwort als Domainnamen verwendet, brauche anderen Inhabern der identischen Bezeichnung – wohlgermerkt beim Recht der Gleichnamigkeit – in aller Regel nicht zu weichen. Etwas anderes ergibt sich – so der BGH – auch nicht daraus, dass die Klägerin bereits seit August 2000 die Internetadresse „peekundcloppenburg.de“ nutzt, die Beklagte dagegen erst seit September 2003 die Domain „peek-und-cloppenburg.de“ verwendet. Der dazwischen liegende Zeitraum von ca. 3 Jahren sei deutlich zu kurz, um die ersten Schritte der gleichnamigen Unternehmen im Internet gleichsam für alle Zukunft in der Weise zu zementieren, dass die Beklagte künftig auf die Verwendung der Domain-

namen in Kurzform beschränkt sei und allein die Klägerin die Domainnamen in Langform benutzen dürfe.

Dennoch entschied der Bundesgerichtshof im konkreten Fall, dass die Beklagte nicht alles ihrerseits Erforderliche und Zumutbare getan hat, um der hieraus resultierenden Verwechslungsgefahr weitgehend entgegenzuwirken. So müsse die Startseite („Homepage“) einen deutlichen, leicht erkennbaren Hinweis enthalten, dass es sich nicht um den Webauftritt der Klägerin handelt. Hingegen sei nicht erforderlich, sämtliche Unterseiten ebenfalls mit einem solchen Hinweis zu versehen, selbst wenn Suchmaschinen direkt auf die Unterseiten verlinken (per sog. „Deep-Link“). Demgegenüber dürften sämtliche auf der Webpräsenz eingestellten Werbeeinlagen, die losgelöst von der Webpräsenz betrachtet und verbreitet werden können (z. B. PDF-Dokumente), nicht allein mit der Bezeichnung „Peek & Cloppenburg“ versehen sein. Bei ihnen ist ebenfalls ein klarstellender Hinweis erforderlich.

#### Unser Kommentar

Mit dieser Entscheidung weicht der BGH von seiner Entscheidung zum Fall „hufeland.de“ (BGH, Urt. v. 23. Juni

2005, Az. I ZR 288/02) ab. Dort hatte er noch entschieden, dass die Gleichgewichtslage zwischen zwei gleichnamigen Zeichen nicht dadurch gestört wird, dass ein Zeicheninhaber das fragliche Zeichen als Domainnamen für einen Internetauftritt verwendet, der dazu dient, das Unternehmen und sein Angebot vorzustellen. Die Beklagte in jenem Verfahren musste keine klarstellenden Hinweise auf ihrer Webpräsenz integrieren. Wenngleich in jenem Verfahren die Beklagte ein ausschließlich regional tätiges Krankenhaus mit lokal begrenztem Unternehmenskennzeichenschutz war, ist nicht einsichtig, warum dort andere Grundsätze gelten sollen. Denn der Kennzeichenschutz der Klägerin in jenem Verfahren erstreckte sich auf das gesamte Bundesgebiet. Allenfalls wenn sich zwei Unternehmenskennzeichen, die auf unterschiedliche Regionen lokal begrenzt sind, gegenüberstehen (z. B. ein Restaurant in Bayern und eines in Berlin) und dies den Kunden und Geschäftspartnern ohne Weiteres erkennbar ist, erscheint ein klärender Hinweis auf der Webpräsenz entbehrlich. Insofern lag der Fall bei „P&C“ anders, denn viele Endkunden wissen nicht einmal, dass es zwei verschiedene „P&C“-Unternehmen gibt, geschweige denn, wie die regionale Aufteilung ist.

## Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zum deutschen Glücksspielmonopol

(EuGH, Urteil vom 8. September 2010)

#### Die Vorlagefragen

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) war in verschiedenen Vorlageverfahren (Rechtssachen C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07, C-410/07, C 46/08 und C-409/06) von deutschen Gerichten ersucht worden, sich zur Vereinbarkeit der deutschen Glücksspielregelungen mit dem Recht der Union zu äußern.

#### Die Glücksspielsituation in Deutschland

In Deutschland sind die Zuständigkeiten im Spielsektor zwischen dem Bund und den Ländern aufgeteilt. In den meisten Ländern besteht ein regionales Monopol auf die Veranstaltung von Sportwetten und Lotterien, während die Veranstaltung von Pferdewetten und der Betrieb von Spielautomaten sowie Spielkasinos privaten Betreibern übertra-

gen ist, die über eine Erlaubnis hierfür verfügen. Seit dem 1. Juli 2004 haben die Länder einen einheitlichen Rahmen für die Veranstaltung von Glücksspielen geschaffen, hiervon ausgenommen sind Spielkasinos. Der zunächst durch den Staatsvertrag zum Lotteriewesen geschaffene einheitliche Rahmen wurde aufgrund einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum 1. Januar 2008 abgelöst durch den Glücksspielstaatsvertrag. Der Glücksspielstaatsvertrag regelt das staatliche Glücksspielmonopol und untersagt u. a. jede Veranstaltung oder Vermittlung von Glücksspielen im Internet (Internetverbot).

#### Die Entscheidungen des EuGH

Am 8. September 2010 entschied der EuGH in den genannten Vorlageverfahren und stellte die Europarechtswid-

rigkeit des in Deutschland errichteten staatlichen Monopols fest. Die Richter sahen das Ziel der Bekämpfung der mit Glücksspielen verbundenen Gefahren nicht in kohärenter und systematischer Weise durch die deutschen Glücksspielregelungen verfolgt.

Zunächst stellte der Gerichtshof fest, dass die deutsche Regelung zum Glücksspiel eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassungsfreiheit darstellt. Allerdings wies er ausdrücklich darauf hin, dass eine solche Beschränkung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses – z.B. zur Bekämpfung der Spielsucht – gerechtfertigt sein kann. In diesen Fällen müssten die Regelungen jedoch zur Verwirklichung der entsprechenden Ziele geeignet und erforderlich sein.

Auch wenn der EuGH den Mitgliedstaaten durchaus zubilligt, zur Eindämmung der Spiellust staatliche Monopole zu schaffen, begrenze die deutsche Regelung die Glücksspiele nicht in zulässiger Weise. Hierzu verwies der Gerichtshof insbesondere darauf, dass die Inhaber der staatlichen Monopole selbst intensive Werbekampagnen durchführten, um die Gewinne aus den Lotterien zu maximieren. Damit entfernten sie sich von den Zielen, die das Bestehen dieser Monopole rechtfertigen. Zum anderen betreiben oder dulden die deutschen Behörden in Bezug auf Glücksspiele wie Kasino- oder Automaten Spiele, die nicht dem staatlichen Monopol unterliegen, aber ein höheres Suchtpotenzial aufweisen als die vom Monopol erfassten Spiele. Unter diesen Umständen lasse sich das präventive Ziel des Monopols nicht mehr wirksam verfolgen, so dass das Monopol nach Auffassung des Gerichtshofs unter den derzeitigen Voraussetzungen nicht mehr gerechtfertigt werden kann.

### Die Folgen der EuGH-Entscheidungen

Bund und Länder sind nach den überraschend deutlichen Urteilen des Europäischen Gerichtshofs nunmehr aufgefordert, die Glücksspiellandschaft in Deutschland neu zu gestalten. Der Gerichtshof hat durch seine erhebliche Kritik an der deutschen Glücksspielpolitik zahlreiche Defizite und Mängel des derzeitigen Staatsmonopols zum Ausdruck gebracht. Zugleich hat er jedoch aufgezeigt, dass den Mitgliedstaaten ein weiter Spielraum bei der Ausgestaltung von Glücksspielregelungen zur Verfügung steht und weiterhin ein Glücksspielmonopol ebenso wie ein Internetverbot für Glücksspiele ggf. gerechtfertigt sein kann. Es bleibt daher zunächst abzuwarten, wie die Politik die Vorgaben des EuGH umsetzen wird.

Bis dahin sind zunächst die Gerichte gefordert, über die europarechtskonforme Anwendung der derzeitigen Glücksspielregelungen zu entscheiden. Es kann nach der Entscheidung des EuGH insoweit nicht (wie dies z.T. in der Presse zu lesen war) davon ausgegangen werden, dass ab sofort ein Verbot zur Anwendung der gesamten Regelungen des Glücksspielstaatsvertrages bestehe. Vielmehr sind die entsprechenden Regelungen – jedenfalls in europarechtskonformer Auslegung – weiterhin anwendbar. Hiervon ist in einer ersten Entscheidung nach Veröffentlichung der Urteile des EuGH auch das LG Düsseldorf (Urteil vom 03. November 2010 - Az.: 12 O 232/09) ausgegangen, welches insbesondere das Internetverbot des Glücksspielstaatsvertrages weiterhin für zulässig erklärte. Gerade für den Internetbereich sind daher mit der Entscheidung des EuGH noch keine unmittelbaren Lockerungen oder Erleichterungen verbunden. Ob die Politik in diesem Bereich die Liberalisierung wagen wird, bleibt zunächst noch abzuwarten.

## „(K)ein Weg zurück“ – Wiederaufnahme eines rechtskräftig abgeschlossenen Verletzungsverfahrens im Sortenschutz

(BGH, Urteil vom 29. Juli 2010)

### Der Fall

Der Bundesgerichtshof hatte über einen Fall zu entscheiden, in dem ein Sortenschutzrecht, das Grundlage einer Verletzungsklage war, vor dem Ablauf der Sortenschutz-

dauer weggefallen ist. Der BGH sah hierin unter bestimmten Voraussetzungen einen Grund zur Wiederaufnahme des Verletzungsverfahrens.

Geklagt hatte die Züchterin der beiden Sorten „Bordako“ und „Borweta“ der botanischen Art „Blaue Lupine“ gegen einen Aufbereiter von Vermehrungsmaterial dieser Sorten. Im Jahre 2006 hatte sie ein Urteil erwirkt, mit dem der Beklagte zur Unterlassung der Aufbereitung beider Sorten sowie zur Auskunftserteilung und Rechnungslegung verurteilt wurde. Die Berufung des Beklagten wurde am 27. Juli 2007 abgewiesen. Zu diesem Zeitpunkt hatte die Klägerin jedoch bereits gegenüber dem Bundessortenschutzamt auf den Schutz für ihre Sorten verzichtet, und zwar auf den Schutz für „Bordako“ zum 1. Januar 2007; der Verzicht auf den Schutz für „Borweta“ sollte hingegen erst ab dem 1. Januar 2008 gelten. Durch einen solchen Verzicht erlischt der Sortenschutz lediglich mit Wirkung für die Zukunft. Die Züchterin informierte aber weder das Berufungsgericht noch den Beklagten von ihrer Verzichtserklärung aus dem Dezember 2006. Letzterer erfuhr erst im Februar 2009 von dem Verzicht und reichte innerhalb eines Monats die sog. Restitutionsklage ein. Eine solche ist statthaft, wenn einer der im Gesetz genannten Gründe vorliegt. Hierzu müssen elementare Grundlagen des angegriffenen Urteils betroffen sein.

### Die Entscheidung

Der Bundesgerichtshof sah die Restitutionsklage in Bezug auf die Sorte „Bordako“ als zulässig und begründet, hinsichtlich „Borweta“ aber als unzulässig an. Grund für die Unterscheidung zwischen beiden Sorten war, dass zum Zeitpunkt der Zurückweisung der Berufung am 27. Juli 2007 der Sortenschutz für „Bordako“ durch den Verzicht der Klägerin bereits erloschen war, der Schutz für die Sorte „Borweta“ hingegen noch nicht endgültig. Hinsichtlich der Sorte „Bordako“ war die Zurückweisung damit objektiv „falsch“. Sie basierte auf einem tatsächlich nicht mehr bestehenden Sortenschutzrecht. Angesichts des Wegfalls der Sorte hätten die Ansprüche der Klägerin durch das Berufungsgericht nur für den Zeitraum bis zum 31. Dezember 2006 gewährt werden dürfen. In Bezug auf „Borweta“ sah der BGH die Berufungszurückweisung aber nicht als unrichtig an. Es sei zum Zeitpunkt der Entscheidung noch offen gewesen, ob das Sortenschutzrecht tatsächlich am 1. Januar 2008 erlöschen werde. Der Bundesgerichtshof verwies den Beklagten in diesem Fall auf die Abwehr der weiteren Vollstreckung aus dem Urteil nach dem 1. Januar 2008.

Mit seiner Entscheidung hat der Bundesgerichtshof zunächst allgemeingültig festgestellt, dass der Verzicht auf ein Sortenschutzrecht auch mit Wirkung zu einem bestimmten, in der

Zukunft liegenden Zeitpunkt und nicht nur mit unmittelbarer Wirkung möglich ist. Solange das Schutzrecht auch nach Erklärung des zukünftigen Verzichts noch besteht, ist eine Verurteilung eines Verletzers möglich. Darüber hinaus hat der Bundesgerichtshof klargestellt, dass jede Verurteilung aus einem zeitlich begrenzten Schutzrecht (z.B. Marke, Patent, Geschmacksmuster etc.) unbefristet ausgesprochen werden kann. Denn ein solches Urteil ist per se auf die Dauer des Schutzrechts beschränkt.

Der Bundesgerichtshof hat sich in seinem Urteil nun erstmals mit der Wiederaufnahme eines Verletzungsverfahrens im Sortenschutzrecht befasst und auch für dieses Rechtsgebiet die (analoge) Anwendung der Grundsätze der Restitutionsklage zugelassen. Generell hat er festgestellt, dass die Restitutionsklage bei allen Rechten des gewerblichen Rechtsschutzes, an deren Bestand ein Verletzungsgericht gebunden ist, darauf gestützt werden kann, dass der Bestand des Schutzrechts vor seinem regulären Ablauf und während des Verfahrens weggefallen ist.

### Unser Kommentar

Neben ihrer grundsätzlichen Bedeutung für den Sortenschutz ist die Entscheidung insbesondere auch für Patentinhaber von Interesse, da der Bundesgerichtshof ausdrücklich die Auffassung vieler Autoren bestätigt, wonach die Restitutionsklage in Fällen des Widerrufs im Einspruchsverfahren und der Nichtigkeitserklärung zulässig ist. Auch in dieser besonderen Konstellation eines Verzichts auf das Schutzrecht vor Abschluss des Verfahrens ist das Rechtsmittel gegeben.

In der Praxis hat die Entscheidung verschiedene Auswirkungen: Zunächst hat sich das Schweigen der Klägerin über die Beendigung ihres Schutzrechts nicht ausgezahlt. Die vermeintliche Rechtskraft der zu ihren Gunsten getroffenen Entscheidung wurde nun – drei Jahre später – vom BGH durchbrochen. Zudem sind Inhaber von Sortenschutz- und Patentrechten gut beraten, selbst ein obsiegendes und rechtskräftiges Urteil im Verletzungsverfahren mit Vorsicht zu genießen, wenn absehbar ist, dass das Klageschutzrecht in seinem Bestand gefährdet ist; beispielsweise bei einem Nichtigkeitsantrag des Beklagten. Sollte es tatsächlich zur Nichtigkeitsklärung des Schutzrechts kommen, ist das Verletzungsurteil noch für fünf Jahre ab Rechtskraft mit der Restitutionsklage angreifbar. Bereits geleistete Schadenersatzzahlungen wären bei deren Erfolg zu erstatten, und es drohen weitergehende Ansprüche des vermeintlichen Verletzers.

# Software als Medizinprodukt

Auf Grundlage der Europäischen Richtlinie 2007/47/EG ist zum 21. März 2010 das 4. Änderungsgesetz zum Medizinproduktegesetz (4. MPG-Novelle) in Kraft getreten, das insbesondere für das Verfahren zur klinischen Bewertung von Medizinprodukten erhebliche Neuerungen mit sich bringt. Die Anforderungen an die klinische Prüfung von Medizinprodukten haben sich durch Etablierung eines Genehmigungsverfahrens beim Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) wesentlich erhöht. Die 4. MPG-Novelle hat aber auch für die rechtliche Einordnung und Klassifizierung von Software im Medizinproduktebereich durch die Erweiterung der Definition in § 3 Nr. 1 Medizinproduktegesetz (MPG) Neuerungen mit sich gebracht.

## Einbeziehung von Software als Produktgruppe im MPG

Bisher brachte die Einordnung und Klassifizierung von Software im Medizinproduktebereich in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten mit sich. Dies galt insbesondere für die Abgrenzung von Software als unselbstständiger Teil eines Medizinproduktes und von Softwareprogrammen als selbstständige Medizinprodukte. So wurde bislang unterschieden zwischen Software als integriertem Bestandteil eines Medizinproduktes, Software als eigenständigem Medizinprodukt und Software als Zubehör. Dabei fand lediglich die Software als Zubehör eine Grundlage im MPG. Ungeachtet dessen wurde angenommen, dass Software auch als eigenständiges Medizinprodukt mit einer CE-Kennzeichnung in Verkehr gebracht werden kann.

Die ausdrückliche Nennung von Software als Produktgruppe in der neuen Begriffsbestimmung stellt nunmehr klar, dass Software unabhängig von der Zuordnung zu einem medizinischen Gerät selbst als Medizinprodukt eingestuft werden kann, wenn sie spezifisch vom Hersteller für einen der genannten medizinischen Zwecke bestimmt ist. Ausschlaggebend ist danach die spezifische medizinische Zweckbestimmung von Software, die durch den Hersteller festzulegen ist. Dagegen sind Softwareprogramme für allgemeine Zwecke

(etwa Textverarbeitungsprogramme, Tabellenkalkulationen, Betriebssysteme etc.) kein Medizinprodukt, auch wenn sie im Zusammenhang mit der Gesundheitspflege genutzt werden. Dementsprechend wurde die Software bei der Begriffsbestimmung von Zubehör eines Medizinproduktes im Zuge der 4. MPG-Novelle gestrichen.

## Auswirkungen für Hersteller und Betreiber von Software als Medizinprodukt

Die geänderte Begriffsbestimmung führt sowohl für Hersteller wie auch für Betreiber von Medizinprodukten zu einer erweiterten Berücksichtigung medizinprodukterechtlicher Anforderungen. Hersteller von spezifischen diagnostischen oder therapeutischen Softwareprogrammen (z. B. Bildauswertungsprogramme, Therapieplanungsprogramme etc.) müssen ihre Produkte als Medizinprodukte in Verkehr bringen und dementsprechend ein Konformitätsbewertungsverfahren durchführen. Der Hersteller hat dabei auch die technischen Details für die IT-Infrastruktur zu beschreiben, auf der die Software einwandfrei validiert arbeitet. Für Betriebssystemsoftware eines Medizinproduktes soll im Zusammenspiel mit der Funktion des Medizinproduktes die Sicherheit durch die Erfüllung der grundlegenden Anforderungen bezogen auf das Medizinprodukt gegeben sein. Entsprechend dieser Anforderung muss die Betriebssystemsoftware des Medizinproduktes oder die in einem Medizinprodukt enthaltene Steuerungs-, Funktions- und Kontrollsoftware entsprechend dem Stand der Technik validiert werden.

Für Betreiber wie etwa das Krankenhaus, das ein Krankenhausinformationssystem betreibt, ergeben sich Anforderungen aus der Medizinprodukte-Betreiberverordnung (MP-BetreibV). Dementsprechend müssen etwa der Betrieb, die Anwendung und die Instandhaltung durch speziell ausgebildete Personen erfolgen. Nach einem Update/Upgrade muss eine Überprüfung aller sicherheitsrelevanten Funktionen und Konstruktionsmerkmale erfolgen.

# Luxemburg – Neue Wahlheimat für IP-Rechte mit Steuervorteil?

Die kürzliche Änderung der Rechtslage in Luxemburg steigert die Attraktivität von Luxemburg als Standort für IP-Holdings für ausgewählte IP-Rechte. So sieht das Luxemburger Steuerrecht nunmehr eine Befreiung von der luxemburgischen Körperschaftsteuer für 80 % des Nettoumsatzerlöses in Zusammenhang mit IP-Rechten vor (also d. h. z. B. für Lizenzgebühren). Dabei wird der Nettoumsatzerlös errechnet als Differenz von Bruttoumsatzerlös aus der Verwertung der IP-Rechte und den Ausgaben, die in direktem ökonomischen Zusammenhang mit den Erlösen aus IP-Verwertung stehen, einschließlich jährlicher Amortisation und gegebenenfalls Wertberichtigungen.

Zudem wird eine Befreiung von der Körperschaftssteuer für 80% des Veräußerungsgewinnes im Falle einer Veräußerung der entsprechenden IP-Rechte gewährt. Schließlich werden die IP-Rechte weiterhin zu 100 % von der luxemburgischen Net Worth Tax freigestellt. Wie ATOZ, unser luxemburgisches Mitglied des TAXAND-Netzwerks mitteilt, ergibt sich damit eine effektive Besteuerung in Luxemburg unter Anwendung der IP-spezifischen Steuerbefreiungen in Höhe von lediglich 5,718 %.

## Voraussetzungen der Steuerbefreiung

Grundsätzlich können sowohl in Luxemburg ansässige Gesellschaften als auch Betriebsstätten ausländischer Gesellschaften die Steuerbefreiung in Luxemburg geltend machen. Die Steuerbefreiung erfasst jedoch lediglich ausgewählte IP-Rechte, im speziellen Patente, Marken, Rechte an Software, Internet Domain-Namen sowie Designs/Models, die zudem nach dem 31. Dezember 2007 erworben oder geschaffen worden sein müssen. Soweit der Erwerb durch Veräußerung innerhalb einer Unternehmensgruppe zu Stande kommt, sieht das Luxemburger Recht weitere Einschränkungen vor. Insbesondere führt ein Erwerb der IP-Rechte von

einer Schwestergesellschaft (falls die gemeinsame Muttergesellschaft an beiden Gesellschaften jeweils mehr als 10 % der Anteile hält), von der direkten Muttergesellschaft (die mehr als 10 % der Anteile der erwerbenden Tochtergesellschaft) oder von der direkten Tochtergesellschaft (an der die erwerbende Muttergesellschaft mehr als 10 % der Anteile hält) zum Ausschluss von der Steuerbefreiung.

## IP-Holding in Luxemburg

Grundsätzlich bietet sich damit Luxemburg als neuer Standort einer IP-Holding im Rahmen einer konzernweiten steuerlich optimierten Strukturierung an. Dabei sind jedoch bereits frühzeitig, am besten schon in der Planungs- und Vorbereitungsphase, auch die steuerrechtlichen Konsequenzen einer konzerninternen Allokation von IP-Rechten im Stammland (z. B. in Deutschland) zu berücksichtigen. So kann die Verlagerung der IP-Rechte zum Beispiel gegebenenfalls zur Aufdeckung stiller Reserven führen. Weiterhin ist drauf zu achten, dass die gewünschte Abschirmwirkung nicht aufgrund steuerlicher Missbrauchsvorschriften verhindert wird. Bei deutschen Konzernen ist insbesondere an das Außensteuerrecht zu denken. Vor diesem Hintergrund ist eine steuerrechtliche Begleitung bereits in der frühest möglichen Phase angeraten - auch um die steuerliche Anerkennung der beabsichtigten Struktur durch den deutschen Fiskus im Blick zu behalten.

Das Luxemburger Steuermodell stellt unabhängig von einer Bündelung der bereits im Konzern vorhandenen IP-Rechte in einer IP-Holding eine interessante Alternative dar. Beispielsweise wäre denkbar, IP-Rechte, die im Rahmen eines Asset-Deals erworben werden sollen, unmittelbar durch eine (gegebenfalls zu gründende) Konzerngesellschaft in Luxemburg zu erwerben, so dass die Steuerbefreiung genutzt werden kann.

## Aktuelle Veranstaltungen

Termin	Thema/Referent	Veranstalter/Ort
09.12.2010	RED Corner Social Web – was ist wirklich dran? Vortrag (Dr. Wulff-Axel Schmidt, Dr. Stefanie Hellmich)	Ogilvy&Mather, Frankfurt a. M.
31.01.–01.02.2011	Management Circle Intensiv-Seminar IT-Recht kompakt – Für mehr Rechtssicherheit in der IT Seminar (Dr. Michael Rath, Silvia C. Bauer, Dr. Stefanie Hellmich)	Management Circle, Frankfurt a. M.

Weitere Informationen zu den Veranstaltungen der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft 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, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Anna-Schneider-Steig 22, 50678 Köln, Telefon +49 221 9937 0, Telefax +49 221 9937 110, [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 diesen Informationsservice der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH nicht mehr nutzen möchten, senden Sie bitte eine E-Mail mit dem Stichwort „Newsletter 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.

## Unsere Büros in Deutschland

### Berlin

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Friedrichstraße 140  
10117 Berlin  
Telefon +49 30 52133 0  
berlin@luther-lawfirm.com

### Dresden

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Radeberger Straße 1  
01099 Dresden  
Telefon +49 351 2096 0  
dresden@luther-lawfirm.com

### Düsseldorf

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Graf-Adolf-Platz 15  
40213 Düsseldorf  
Telefon +49 211 5660 0  
dusseldorf@luther-lawfirm.com

### Eschborn/Frankfurt a. M.

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Mergenthalerallee 10 – 12  
65760 Eschborn/Frankfurt a. M.  
Telefon +49 6196 592 0  
frankfurt@luther-lawfirm.com

### Essen

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Gildehofstraße 1  
45127 Essen  
Telefon +49 201 9220 0  
essen@luther-lawfirm.com

### Hamburg

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Gänsemarkt 45  
20354 Hamburg  
Telefon +49 40 18067 0  
hamburg@luther-lawfirm.com

### Hannover

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Sophienstraße 5  
30159 Hannover  
Telefon +49 511 5458 0  
hanover@luther-lawfirm.com

### Köln

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Anna-Schneider-Steig 22  
50678 Köln  
Telefon +49 221 9937 0  
cologne@luther-lawfirm.com

### Leipzig

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Grimmaische Straße 25  
04109 Leipzig  
Telefon +49 341 5299 0  
leipzig@luther-lawfirm.com

### Mannheim

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Theodor-Heuss-Anlage 2  
68165 Mannheim  
Telefon +49 621 9780 0  
mannheim@luther-lawfirm.com

### München

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Karlstraße 10 – 12  
80333 München  
Telefon +49 89 23714 0  
munich@luther-lawfirm.com

### Stuttgart

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Augustenstraße 7  
70178 Stuttgart  
Telefon +49 711 9338 0  
stuttgart@luther-lawfirm.com

## Unsere Auslandsbüros

### Brüssel

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Avenue Louise 240  
1050 Brüssel  
Telefon +32 2 6277 760  
brussels@luther-lawfirm.com

### Budapest

Gobert, Fest & Partners Attorneys at Law  
Roosevelt Square 7 – 8  
1051 Budapest  
Telefon +36 1 270 9900  
budapest@luther-lawfirm.com

### Istanbul

Luther Karasek Köksal Consulting A.Ş.  
Sun Plaza  
Bilim Sokak No. 5, Maslak-Şişli  
34398 Istanbul  
Telefon +90 212 276 9820  
mkoksal@lkk-legal.com

### Luxemburg

Luther  
3, rue Goethe  
1637 Luxemburg  
Telefon +352 27484 1  
luxembourg@luther-lawfirm.com

### Shanghai

Luther Attorneys  
21/F ONE LUJIAZUI  
68 Yincheng Middle Road  
Pudong New Area, Shanghai  
Shanghai 200121  
Telefon +86 21 5010 6580  
shanghai@luther-lawfirm.com

### Singapur

Luther LLP  
10 Anson Road  
#09-24 International Plaza  
Singapur 079903  
Telefon +65 6408 8000  
singapore@luther-lawfirm.com

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

Die Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH berät in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts. Zu den Mandanten zählen mittelständische und große Unternehmen sowie die öffentliche Hand. Luther ist das deutsche Mitglied von Taxand, dem weltweiten Netzwerk unabhängiger Steuerpraxen.

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