
Newsletter, 2. Ausgabe 2009

IP/IT

Intellectual Property/ Information Technology

„Yoghurt Gums“ – Der Dauerstreit zwischen Haribo und Katjes

(OLG Hamburg, Urteil vom 29. Januar 2009)

Seite 2

„Münchener Weißwurst“ kommt nicht nur aus München

(BPatG, Beschluss vom 8. Dezember 2008)

Seite 3

Schutz von Arbeitnehmer-E-Mails durch das Fernmeldegeheimnis ist begrenzt

(VG Frankfurt/Main, Urteil vom 6. November 2008)

Seite 4

Persönlichkeitsverletzungen durch Suchmaschinen-Snippets?

(OLG Stuttgart, Urteil vom 10. Juni 2008; LG Hamburg, Urteil vom 9. Januar 2009)

Seite 5

Affiliate Marketing – Das Haftungsrisiko des Unternehmers

Seite 7

Die Auswahl und Bestellung eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten

Seite 9

Aktuelle Veranstaltungen

Seite 11



„Yoghurt Gums“ – Der Dauerstreit zwischen Haribo und Katjes

(OLG Hamburg, Urteil vom 29. Januar 2009)

Der Fall

Seit mehreren Jahren beschäftigt der Streit der Süßwarenhersteller Haribo und Katjes um die Verwendung des Begriffs „Yoghurt Gums“ die Gerichte. Nachdem Katjes im Jahr 1997 als Inhaberin der Wortmarke „YOGHURTGUMS“ beim Deutschen Marken- und Patentamt eingetragen wurde, entbrannte zunächst der Streit über die Löschung dieser Markeneintragung. Im Jahr 2005 entschied hierzu schließlich das Bundespatentgericht, dass es sich bei der Bezeichnung „YOGHURTGUMS“ um eine freihaltebedürftige beschreibende Angabe handle und bestätigte damit die Anordnung der Löschung zugunsten von Haribo.

Als Haribo im Jahr 2005 in Konkurrenz zu dem Produkt „Katjes Yoghurt-Gums“ ebenfalls ein mit einer Joghurtzubereitung gefülltes Schaumzucker-Fruchtgummi auf den Markt brachte („HARIBO Jogi-Bussi“) und dieses mit dem Zusatz „Yoghurt Gums“ bewarb, entfachte der Streit zwischen den beteiligten Süßwarenherstellern erneut und beschäftigte nunmehr das Oberlandesgericht Hamburg (Urteil vom 29. Januar 2009, Az. 3 U 44/07). Da Katjes weitere Marken im Zusammenhang mit dem Produkt „Katjes Yoghurt Gums“ (z. B. „Katjes Yoghurt Gums“, „Yoghurt Gums – naschen ohne Fett“, „Katjes YOGHURT GUMS Tropicate“, u. a.) angemeldet hatte, sah das Unternehmen trotz der Löschungsentscheidung des Bundespatentgerichts in der vorliegenden Verwendung des Konkurrenten eine Verletzung ihrer Markenrechte. Zudem stelle die Kennzeichnung der „HARIBO Jogi-Bussi“ mit dem Zusatz „Yoghurt Gums“ eine wettbewerbsrechtlich unlautere produktbezogene Behinderung zulasten von Katjes dar. Haribo nutze die Wertschätzung des Produktes „Katjes Yoghurt Gums“ in unangemessener Weise aus und betreibe eine gezielte Rufausbeutung. Katjes begehrte daher in dem vorliegenden Verfahren u. a. die Unterlassung der Verwendung der Worte „YOGHURT GUMS“ und/oder „gefüllte Yoghurtgums“ durch Haribo.

Die Entscheidung

Wie schon das Bundespatentgericht entschied nunmehr auch das OLG Hamburg zugunsten von Haribo. Auch die hanseatischen Richter sahen in dem Begriff „Yoghurt Gums“ eine rein beschreibende Angabe. Der streitgegenständliche Zusatz werde durch Haribo lediglich als ergänzende Pro-

duktbeschreibung verwendet und vom Verkehr daher als beschreibender Sachhinweis verstanden, sodass eine markenmäßige Nutzung durch Haribo zu verneinen sei. Die Katjes-Marken könnten allenfalls Schutz in der jeweiligen konkreten graphischen und farblichen Gestaltung beanspruchen. Da Haribo die unterscheidungskräftigen Elemente der Klägermarken nicht übernommen habe, sei eine Verwechslungsgefahr nicht feststellbar.

Auch aus wettbewerbsrechtlicher Sicht konnte das Gericht keinen Verstoß erkennen. Zwar ging es in der vorliegenden Konstellation von einer grundsätzlichen Anwendbarkeit des UWG neben den markenrechtlichen Vorschriften aus, sah jedoch in der produktbeschreibenden Verwendung des Zusatzes „Yoghurt Gums“ durch Haribo weder eine unangemessene Ausnutzung noch eine Beeinträchtigung der Wertschätzung des Produktes „Katjes Yoghurt-Gums“. Aufgrund fehlender Verwechslungsgefahr sei auch eine Irreführung der angesprochenen Verkehrskreise nicht feststellbar. Eine gezielte Behinderung könne Haribo ebenfalls nicht vorgeworfen werden. Insoweit verwies das Gericht darauf, dass Haribo ein legitimes Eigeninteresse an der Verwendung des Begriffs „Yoghurt Gums“ habe.

Unser Kommentar

Zwar hat Katjes damit die zweite Niederlage erlitten, dennoch ist ein Ende dieser Auseinandersetzung wohl noch nicht in Sicht. Das OLG Hamburg hat die Revision in dieser Sache zugelassen, sodass voraussichtlich mit einer weiteren Runde im Streit der Süßwarenhersteller Haribo und Katjes um die Verwendung des Begriff „Yoghurt Gums“ zu rechnen ist.

„Münchner Weißwurst“ kommt nicht nur aus München

(BPatG, Beschluss vom 8. Dezember 2008)

Der Fall

Die „Schutzgemeinschaft ‚Münchner Weißwurst‘“ beantragte beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) die Eintragung der Bezeichnung „Münchner Weißwurst“ als geschützte geografische Angabe i. S. d. Europäischen Gemeinschaftsrechts. Die Eintragung einer Bezeichnung in das entsprechende Register hat zur Folge, dass nur noch Lebensmittel aus dem betreffenden Gebiet und nach einer bestimmten Rezeptur diesen Namen tragen dürfen. Im Antrag waren als geografisches Gebiet die Stadt München und der Landkreis München (im Folgenden „München“) angegeben. Das DPMA hatte dem Antrag stattgegeben. Hiergegen richteten sich die beim Bundespatentgericht (BPatG) eingereichten Beschwerden mehrerer Herstellerunternehmen und Fachverbände.

Die Entscheidung

Das BPatG erachtete die Beschwerden für begründet (Beschluss vom 8. Dezember 2008 – Az. 30 W (pat) 22/06). Es stellte fest, dass die Bezeichnung „Münchner Weißwurst“ keine nach Gemeinschaftsrecht eintragungsfähige geografische Herkunftsangabe ist. Die Bezeichnung „Münchner Weißwurst“ sei vielmehr eine nicht eintragungsfähige Gattungsbezeichnung i. S. v. Art. 3 Abs. 1 Verordnung (EWG) 2081/92. Die Bezeichnung beziehe sich zwar auf einen Ort, an dem das betreffende Lebensmittel ursprünglich hergestellt und vermarktet wurde. Jedoch sei die Bezeichnung inzwischen der gemeinhin übliche Name für ein Lebensmittel dieser Art und nicht mehr vornehmlich auf den Raum München beschränkt.

Zu diesem Ergebnis kam das Gericht nach Prüfung und Abwägung mehrere Umstände: Die „Münchner Weißwurst“ ist in fünf bilateralen Herkunftsabkommen als Bezeichnung für deutsche Produkte reserviert. Nach Ansicht des BPatG spricht dies zwar für eine geografische Herkunftsangabe, sei aber kein entscheidender Gesichtspunkt, da in solchen bilateralen Verträgen gelegentlich sogar bewusst Gattungsbezeichnungen aufgenommen wurden. Die Herstellungs- und die Vermarktungssituation würden demgegenüber für die Annahme einer Gattungsbezeichnung sprechen: Das Gericht konnte aus einer „Bekanntmachung über die Zusammensetzung von Weißwürsten“ der Stadt München aus dem Jahr

1972 schlussfolgern, dass die Angabe „Münchner Weißwurst“ in Abgrenzung zu der Angabe „Original/Echt Münchner Weißwurst“ schon vor über 36 Jahren für Weißwürste verwendet wurde, die außerhalb Münchens produziert werden. Tatsächlich sind heute nur noch wenige Herstellerbetriebe in München ansässig und diese bringen ihre Weißwürste überwiegend unter der Bezeichnung „Original Münchner Weißwurst“ in den Verkehr. Der ganz überwiegende Teil (ca. 95%) der Münchner Weißwürste kommt von Herstellungsbetrieben aus anderen Orten in Bayern. Ferner werden die Münchner Weißwürste nicht nur in München, sondern im gesamten südbayerischen Raum verbraucht.

Entgegen dem Vortrag der Antragstellerin unterscheidet sich die Rezeptur von in München hergestellten Münchner Weißwürsten offenbar nicht wesentlich von der Rezeptur der anderenorts hergestellten Weißwürste, insbesondere werden keine strengeren Maßstäbe eingehalten als sie im Deutschen Lebensmittelbuch angegeben sind. Diesen Maßstäben genügen aber auch die anderenorts hergestellten Münchner Weißwürste. Schon mehrfach sind Herstellerbetriebe mit Sitz außerhalb Münchens im DLG-Qualitätswettbewerb wegen hervorragender Qualität des Produkts „Münchner Weißwurst“ mit der goldenen „DLG-Preismütze“ ausgezeichnet worden.

Das Gericht konnte auch nicht feststellen, dass die überwiegende Verkehrsauffassung die Angabe „Münchner Weißwürste“ als geografische Herkunftsangabe versteht. Eine von der Antragstellerin vorgelegte Verkehrsumfrage, wonach über 70% der Befragten der Angabe „Münchner Weißwurst“ eine geographische Bedeutung zumessen, ließ das Gericht als unverwertbar unberücksichtigt. Die von der Antragstellerin in Auftrag gegebene Umfrage und das darauf basierende Gutachten genügten den anerkannten Regeln der Deskopie nicht. Das BPatG stellte durchgreifende methodische Fehler sowohl bei der Fragestellung als auch bei der gutachterlichen Auswertung der Umfrageergebnisse fest. Die Befragten wurden durch Suggestivfragen, Auslassen naheliegender Antwortmöglichkeiten, Ungleichmäßigkeiten der Antwortvorgaben nach Länge, Klarheit und Überzeugungskraft, Positionierung von Antwortmöglichkeiten oder Wortwahl einer Antwort auf bestimmte Antwortmöglichkeiten hingelenkt. Zudem vermisste das Gericht bei der gutachterlichen

Auswertung der Umfrageergebnisse eine Begutachtung der Querbeziehungen der Fragen der Umfrage zueinander, d.h. ihre gegenseitige Beeinflussung und demzufolge vorzunehmende Gewichtung.

Auch die Stellungnahmen der von im Verfahren angehörten Institutionen, Organisationen und die Äußerungen in der Fachliteratur, ob „Münchner Weißwurst“ eine geografische Herkunftsangabe sei oder nicht, zeigten keine Bilanz zugunsten einer geografischen Herkunftsangabe, sondern lieferten ein uneinheitliches Bild.

Unser Kommentar

Mit der Entscheidung des BPatG ist die Bezeichnung „Münchner Weißwurst“ zunächst einmal weltweit für Hersteller freigegeben, obwohl auch heute noch über 95 % der Weißwürste in Bayern produziert und dort auch zumeist konsumiert werden. Die Entscheidung schließt jedoch nicht aus, dass ein neuer Antrag eingereicht werden kann, der sich auf Bayern als Erzeugungsgebiet erstreckt. Ansonsten gilt: Nur bei der „Original Münchner Weißwurst“ darf man davon ausgehen, dass sie aus München kommt – die „Münchner Weißwurst“ schmeckt aber sicherlich mindestens genauso gut.

Schutz von Arbeitnehmer-E-Mails durch das Fernmeldegeheimnis ist begrenzt

(VG Frankfurt/Main, Urteil vom 6. November 2008)

Der Fall

Der Zugriff auf Arbeitnehmer-E-Mails durch den Arbeitgeber ist gesetzlich nicht eindeutig geregelt und hat gerade in jüngster Zeit heftige Diskussionen ausgelöst. In einem vor dem Verwaltungsgericht Frankfurt/Main verhandelten Fall (Urteil vom 6. November 2008 – Az. 1 K 628/08) wurde zumindest in einer das Fernmeldegeheimnis betreffenden Fallkonstellation Klarheit geschaffen. Dabei ging es nicht um die klassische „Überwachungssituation“, in der ein Arbeitgeber seinen Arbeitnehmer kontrolliert, etwa um Verstöße gegen Arbeitspflichten oder Gesetze aufzudecken. Vielmehr klagte ein Unternehmen gegen die Aufforderung zur Übermittlung von in Arbeitnehmer-E-Mails enthaltenen Daten an die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), die auf Ersuchen der amerikanischen Wertpapieraufsichtsbehörde SEC ermittelte. Das Unternehmen argumentierte, es habe ihren Mitarbeitern die private Nutzung des E-Mail-Systems erlaubt und unterliege deshalb den besonderen Datenschutzbestimmungen des Telekommunikationsgesetzes (TKG), insbesondere dessen § 88 TKG. Das dort einfachgesetzlich konkretisierte Fernmeldegeheimnis verbiete ihr, die betreffenden Arbeitnehmer-E-Mails an die BaFin zu übermitteln.

Die Entscheidung

Das VG Frankfurt/Main wies die Klage ab. Begründet wurde dies vor allem mit der begrenzten Schutzwirkung des Fernmeldegeheimnisses, das im vorliegenden Fall überhaupt nicht betroffen gewesen sei. Die für die Anwendbarkeit des

§ 88 TKG entscheidende Frage, ob ein Arbeitgeber geschäftsmäßiger Anbieter von Telekommunikationsdiensten i. S. d. § 3 Nr. 6 TKG sein könne, wurde deshalb offen gelassen.

Bei der Eingrenzung des Schutzbereiches des Fernmeldegeheimnisses nahm das Gericht ausführlich auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes Bezug. Danach bestünden nach Abschluss einer Nachrichtenübermittlung (auch per E-Mail) für die bei den Teilnehmern gespeicherten Kommunikationsinhalte und -umstände nicht mehr die spezifischen Risiken, die den speziellen Schutz des Fernmeldegeheimnisses rechtfertigten. Deshalb greife § 88 TKG nicht mehr, wenn die Nachricht beim Empfänger angekommen und der Übertragungsvorgang beendet sei. Nach Beendigung des Übertragungsvorganges sei die E-Mail „nicht mehr den erleichterten Zugriffsmöglichkeiten Dritter ausgesetzt, die sich aus der fehlenden Beherrschbarkeit und Überwachungsmöglichkeit des Übertragungsvorganges durch die Kommunikationsteilnehmer ergeben.“ Denn speichere der Nutzer von E-Mail-Diensten die Inhalte und Verbindungsdaten, so würden sich diese anschließend nicht mehr von Dateien, die der Nutzer selbst angelegt hat, unterscheiden. Eine entsprechende Speicherung auf Arbeitnehmer-PCs war im vorliegenden Fall erfolgt. Treffe nun der Berechtigte die Entscheidung, „das Mail-Dokument an einer selbst gewählten Stelle im betrieblichen Telekommunikationssystem verbleiben zu lassen“, so stehe ihm dafür ein „unbefristeter Schutz durch das Fernmeldegeheimnis nicht mehr zur Seite.“ Dass sich die E-Mail

auch nach Speicherung durch den Arbeitnehmer „in gewisser Weise im Herrschaftsbereich des Arbeitgebers“ befinde, sei angesichts der Kontrollmöglichkeiten des Arbeitnehmers unschädlich.

Die Tatsache, dass Arbeitnehmer-E-Mails auch nach deren Abruf regelmäßig auf den Mail-Servern des Arbeitgebers verbleiben, der telekommunikative Vorgang also insoweit noch gar nicht vollständig abgeschlossen ist, konnte ausnahmsweise unberücksichtigt bleiben: die fraglichen E-Mails waren bereits vom Server des Arbeitgebers gelöscht worden und insofern nicht vom Vorlageersuchen erfasst.

Unser Kommentar

Die Entscheidung des VG Frankfurt/Main bringt in Sachen Überwachung von Arbeitnehmer-E-Mails immerhin ein wenig Licht ins Dunkel. Allerdings lässt das Urteil auch viele Fragen offen. So harrt abschließender Klärung, ob Unternehmen, die ihren Mitarbeitern die private Nutzung von E-Mail ermöglichen, Diensteanbieter von Telekommunikationsdiensten i. S. d. § 3 Nr. 6 TKG sind. Zudem wird nicht vollständig geklärt, wann auf dem Server des Arbeitgebers vorhandene Kopien von Arbeitnehmer-E-Mails noch dem Fernmeldegeheimnis unterliegen. Diese Frage könnte demnächst das BVerfG entscheiden, das über den Schutz durch das Fernmeldegeheimnisses im Hinblick auf bei einem Internetprovider gespeicherte E-Mails zu befinden hat (Az. 2 BvR 902/06).

Bis dahin sollten Unternehmen die bekannten Anforderungen einer revisionssicheren elektronischen Archivierung beachten und den sich aus § 147 AO ergebenden Pflichten

zur zeitlich begrenzten Aufbewahrung von Handels- oder Geschäftsbriefen (und damit E-Mails) nachkommen. Je früher E-Mails von Arbeitnehmern vom eigenen Mail-Server gelöscht und unternehmensintern gespeichert werden, desto weniger Schutz besteht durch das Fernmeldegeheimnis. Dies kann, je nach Fallkonstellation, dem Unternehmen entweder schaden (bei einem staatlichen Übermittlungsverlangen wie dem vorliegenden) oder nützen (bei der Überwachung von Arbeitnehmer-E-Mails). Hinsichtlich der Überwachung des (insbesondere privaten) E-Mail-Verkehrs des Arbeitnehmers sind die allgemeinen Anforderungen des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) zu beachten, das eine Interessenabwägung im Einzelfall unter Beachtung von Zweckbindung und Verhältnismäßigkeit fordert. In diesem Zusammenhang ist eine Stärkung des Arbeitnehmers im Jahre 2008 durch das vom Bundesverfassungsgericht entwickelte neue „IT-Grundrecht“ erfolgt, das auch in Arbeitsverhältnisse hineinwirkt und Kontrollmöglichkeiten des Arbeitgebers zusätzlich einschränken kann.

Hinweis

Zu den datenschutzrechtlichen Rahmenbedingungen der Kontrolle von Mitarbeitern veranstaltet Luther in Zusammenarbeit mit der PWC AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft ein Business Breakfast am 14. Mai 2009 im Kölner RheinEnergie-Stadion (vgl. hier http://www.luther-lawfirm.com/download_kalender_de/832.pdf).

Persönlichkeitsverletzungen durch Suchmaschinen-Snippets?

(OLG Stuttgart, Urteil vom 10. Juni 2008; LG Hamburg, Urteil vom 9. Januar 2009)

Die Fälle

In zwei voneinander unabhängigen Fällen verlangten die jeweiligen Kläger von dem Betreiber einer Internetsuchmaschine, es zu unterlassen, bei Eingabe ihres Namens bestimmte Suchergebnisse (sogenannte Snippets) anzuzeigen. Das LG Hamburg (Urteil vom 9. Januar 2009, Az. 324 O 867/06) entschied in diesem Zusammenhang über die Klage eines Geschäftsführers eines Unternehmens wegen einzel-

ner von der Suchmaschine angezeigter Textteile. Der Kläger war der Auffassung, diese hätten ihn in ungerechtfertigter Weise mit Betrügereien in Verbindung gebracht. Das OLG Stuttgart (Urteil vom 10. Juni 2008, Az. 4 U 109/08) hatte in einem anderen Fall zu urteilen, in dem ein früherer Flugzeugpilot und Richter sich gegen die Nennung seines Namens in der Nähe des Wortpaares „stoned again“ gewendet hatte. Gemeinsam war beiden Fällen, dass über den Aussagegehalt

von Suchmaschinenergebnissen und deren Eignung zur Verletzung der klägerischen Persönlichkeitsrechte zu befinden war.

Die Entscheidungen

In beiden Fällen wurden Ansprüche der Kläger auf Unterlassung abgewiesen, weil es bereits an dem für eine sogenannte Störerhaftung erforderlichen Verletzungserfolg fehle. Dabei wurde nicht nur die Bedeutung von Suchmaschinen für die Allgemeinheit hervorgehoben, sondern vor allem in den Mittelpunkt gestellt, in welcher Art und Weise diese Trefferlisten und Snippets durch den durchschnittlichen Suchmaschinenutzer wahrgenommen werden. Nach Aussage beider Gerichte verbinden Internetnutzer mit den Snippets in den Suchergebnislisten keine bestimmte inhaltliche Aussage. Vielmehr wisse ein Internetnutzer, dass die angezeigten Suchergebnisse nicht auf der intellektuellen Leistung von Menschen, sondern auf automatisierten Vorgängen beruhen. Die mit diesen Vorgängen erzielten Ergebnisse, die sich aus einer Überschrift, einzelnen und nur ausnahmsweise zusammenhängenden Stichworten sowie der URL zusammensetzen, seien daher generell „wertneutral“ (so das LG Hamburg). Die Nennung eines Geschäftsführernamens im Zusammenhang mit einem Betrugsvorwurf hätte demnach auch so verstanden werden können, dass dieser nicht Täter, sondern Opfer eines Betrages gewesen sei.

Bestehe die Möglichkeit verschiedener Deutungsalternativen, so führe dies zu einer Interessen- und Güterabwägung, bei der die Förderung von Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit durch Suchmaschinen die Interessen an einer Unterlassung der Nennung des klägerischen Namens überwiege. Denn eine denkbare Einzelkontrolle von Suchergebnissen mit dem Ziel, zu ausschließlich eindeutigen Aussagen zu kommen, sei dem Wesen einer Suchmaschine fremd und würde diese weitgehend lahm legen. Und „ohne den Einsatz von Suchmaschinen wäre (...) eine sinnvolle Nutzung der Informationsfülle im World Wide Web“ nicht möglich (LG Hamburg). Vom klagenden Geschäftsführer vorgebrachte Anhaltspunkte zur Möglichkeit, eine Software zur semantischen Prüfung einzusetzen, wurden vom Gericht als nicht einmal „ansatzweise“ plausibel bewertet, weshalb auch kein Sachverständigengutachten eingeholt wurde. Das OLG Stuttgart argumentierte entsprechend. Im Ergebnis wurde deshalb sowohl im „Flugzeugpilot-Fall“ als auch im „Geschäftsführer-Fall“ ein Anspruch aus den §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 BGB analog verneint, da es bereits an einer Persönlichkeitsrechtsverletzung zu Lasten der Kläger fehlte.

Zudem kam das OLG Stuttgart zu dem Ergebnis, dass selbst bei Vorliegen einer Persönlichkeitsrechtsverletzung Suchmaschinenergebnisse wegen der in ihnen enthaltenen Vielzahl

an Deutungsmöglichkeiten jedenfalls nur einen leichten Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Einzelnen darstellen könnten. Demgegenüber sei der Einsatz von Suchmaschinen für eine sinnvolle Nutzung des Internet „unabdingbar“. Bei einem ausschließlich automatisierten Vorgang zur Erstellung von Snippets durch den Suchmaschinenbetreiber fehle es diesem als potentiell Schädiger zudem an einem Motiv oder Nutzen des Eingriffs. Unter Berücksichtigung dessen könne diesem jedenfalls nicht die Widerrechtlichkeit seines Verhaltens unterstellt werden.

Unser Kommentar

Weder in der Entscheidung des OLG Stuttgart noch in der des LG Hamburg wird die Haftung des Suchmaschinenbetreibers für Suchergebnisse, die gegebenenfalls Persönlichkeitsrechte berühren könnten, vollständig ausgeschlossen. Beide Urteile zeigen gleichwohl, wie hoch die „Latte“ für den klagenden Inhaber dieser Rechte liegt. Insbesondere der geringe Aussagegehalt der Trefferlisten und der hierin enthaltenen Snippets wurde in beiden Verfahren hervorgehoben. Der Frage nach den Möglichkeiten der Suchmaschinenbetreiber, Software zur semantischen Prüfung einzusetzen, wurde dagegen offenbar bewusst aus dem Weg gegangen. Insofern ist auch weiterhin keine Rechtsprechungslinie erkennbar, die Suchmaschinenbetreiber zur Reduktion von persönlichkeitsrechtsgefährdenden Snippets oder anderen rechtlich problematischen Inhalten verpflichtet.

Affiliate Marketing – Das Haftungsrisiko des Unternehmers

Die Technik beim Affiliate Marketing

Affiliate-Systeme (Partnerprogramme) sind internetbasierte Vertriebslösungen, bei denen ein Unternehmer seine Produkte im Internet durch zahlreiche Werbepartner (Affiliates) vermarkten lässt. Der Unternehmer stellt dabei regelmäßig, aber nicht notwendigerweise, Werbemittel (z.B. Grafiken, Banner, etc.) zur Verfügung, die der Affiliate eigenständig im Internet platziert. Der Affiliate erhält für jeden durch ihn neu gewonnenen Kunden des Unternehmers eine Provision. Das Affiliate-Marketing ist also eine sehr kostengünstige Werbemethode für den Unternehmer, die zudem eine hohe Werbewirkung hat.

Häufig stellen sich Unternehmer, die Affiliate-Systeme betreiben, auf den Standpunkt „was ich nicht weiß, macht mich nicht heiß“. Sie übersehen dabei, dass die Haftung im Wettbewerbs-, Kennzeichen- und Urheberrecht deutlich strenger ist als im allgemeinen Zivilrecht, denn die §§ 8 Abs. 2 UWG, 14 Abs. 7 MarkenG und § 99 UrhG regeln eine sogenannte „Erfolgshaftung“ des Unternehmers für seine „Beauftragten“. Hiernach haftet der Unternehmer auch für begangene Rechtsverletzungen seiner Beauftragten, ohne dass es darauf ankommt, ob er die Rechtsverletzung durch ein vorwerfbares Tun oder Unterlassen mit verursacht hat. Wenn also Affiliates „Beauftragte“ des Unternehmers sind, dann hätte dies weitreichende Konsequenzen für die Unternehmer.

Beispiel: Ein Unternehmer betreibt ein Affiliate-Programm, dem mehrere hundert Affiliates angeschlossen sind. Einer der Affiliates bewirbt die Produkte des Unternehmers mit der unzutreffenden Behauptung, diese seien sonst nirgendwo günstiger erhältlich. Der Unternehmer weiß davon nichts und hatte auch keinen Anlass zum Argwohn. Der Affiliate hatte sich zudem vertraglich verpflichtet, nur im Einklang mit der bestehenden Rechtsordnung zu werben. Ist der Affiliate jedoch „Beauftragter“, dann haftet der Unternehmer gleichwohl für etwaige Verstöße des Affiliates.

Uneinheitliche Rechtsprechung

In der Rechtsprechung und Fachliteratur ist höchst umstritten, ob und inwieweit Affiliates „Beauftragte“ des Unternehmers sind. Bei der Beantwortung der Frage kommt es maßgeblich darauf an, ob der Unternehmer eine „bestimmende Einflussnahmemöglichkeit“ auf seine Affiliates hat. Eine solche ist gegeben, wenn der Unternehmer sich kraft

der bestehenden Rechtsbeziehung mit dem Affiliate Einflussnahmemöglichkeiten, z. B. durch Vertragsstrafversprechen, auf den Affiliate sichern kann. Ob der Unternehmer sich diese Einflussnahmemöglichkeiten tatsächlich einräumen lässt und nutzt, ist demgegenüber unerheblich. Dabei sind in Bezug auf das Affiliate-Marketing zwei Konstellationen zu unterscheiden: Entweder ist der Unternehmer seinen Affiliates unmittelbar vertraglich verbunden (einstufiges System) oder er schaltet einen Affiliate-System-Betreiber dazwischen, der selbstständig das Affiliate-Marketing koordiniert (zweistufiges System).

Erfolgshaftung des Unternehmers jedenfalls bei einstufigen Affiliate-Systemen

Die Landgerichte Berlin (Urteil vom 16. August 2005 – Az. 15 O 321/05, MMR 2006, 118 f.) und Potsdam (Urteil vom 12. Dezember 2007 – Az. 52 O 67/07, K&R 2008, 117) sowie das Oberlandesgericht Köln (Urteil vom 24. Mai 2006 – Az. 6 U 200/05, MMR 2006, 622 ff.) nehmen eine Erfolgshaftung für Affiliates zumindest im einstufigen System an. Dies leuchtet auch ein, denn aufgrund des zwischen Unternehmer und Affiliate bestehenden Vertragsverhältnisses hat der Unternehmer ohne Weiteres die Möglichkeit, sich gegenüber seinen Affiliates genügend Einflussnahmemöglichkeiten zu sichern, um diese von Rechtsverletzungen im Rahmen des Affiliate-Marketings abzuhalten. Die Einwirkungsmöglichkeiten auf seine Affiliates ergeben sich unter anderem daraus, dass es dem Unternehmer möglich ist, sich ein Vertragsstrafversprechen für Zuwiderhandlungen einräumen zu lassen. Die Möglichkeit einer Weisungsbefugnis ist hingegen nicht erforderlich.

Vereinzelt wird der Haftung des Unternehmers entgegengehalten, dass dieser sich häufig einer unüberschaubaren Anzahl an teilnehmenden Affiliates gegenüber sieht, weshalb ihm eine effektive Kontrolle nicht möglich bzw. nicht zumutbar sei. Dabei wird aber übersehen, dass der Unternehmer gerade aus der Masse der teilnehmenden Affiliates und dem damit verbundenen umfangreichen Werbeeinfluss profitiert. Daher muss er umgekehrt auch die dadurch entstehenden Risiken tragen. Glaubt der Unternehmer, die Risiken sind für ihn nicht (mehr) überschaubar, so muss er die Anzahl der Affiliates auf ein angemessenes Maß begrenzen.

Erfolgshaftung bei zwei- und mehrstufigen Affiliate-Systemen

Zweifelhaft ist hingegen, ob die Erfolgshaftung für Affiliates auch bei einem zweistufigen System, also bei Einschaltung eines selbstständig tätigen Affiliate-Systembetreibers, in Betracht kommt. Dagegen spricht zunächst, dass zwischen dem Produktanbieter und dem Affiliate keine direkte vertragliche Verbindung besteht. Aus diesem Grund hatte auch das Landgericht Frankfurt/Main eine Beauftragtenhaftung für einen Affiliate abgelehnt (Urteil vom 15. Dezember 2005 – Az. 2-3 O 537/04, MMR 2006, 247). Berücksichtigt man aber die bisher vom Bundesgerichtshof zur Beauftragtenhaftung ergangenen Gerichtsentscheidungen, so kann das vom Landgericht Frankfurt/Main festgestellte Ergebnis durchaus in Frage gestellt werden:

Im Fall „Buchgemeinschaft II“ hat der Bundesgerichtshof festgestellt, dass eine Beauftragtenhaftung auch über eine sogenannte „Rechtekette“ begründet werden kann, dass also zwischen dem Unternehmer und dem Beauftragten noch ein eigenständig handelnder Dritter zwischengeschaltet sein kann. In dem entschiedenen Fall hatte der Unternehmer einen Zwischenhändler eingeschaltet, der wiederum einen Werbeauftrag an einen Dritten erteilte, der schließlich die Rechtsverletzung herbeiführte. Der Unternehmer haftete auch in diesem Fall (BGH, Urteil vom 6. Juni 1958 – Az. I ZR 33/57, GRUR 1959, 38 ff. – „Buchgemeinschaft II“).

Auf das Affiliate-Marketing übertragen bedeutet dies, dass ein Unternehmer auch dann für Rechtsverletzungen seiner Affiliates haften kann, wenn ein eigenständig handelnder Affiliate-Systembetreiber zwischengeschaltet ist. Dieses Ergebnis erscheint auch angemessen, denn anderenfalls könnte sich ein Unternehmer einfach dadurch der strengen Erfolgshaftung entziehen, indem er mehrstufige Vertriebssysteme einsetzt.

Beschränkung der Erfolgshaftung

Zwar kennt die Haftung für Beauftragte grundsätzlich keine Entlastungsmöglichkeit für den Unternehmer, allerdings gibt es auch höchstrichterliche Rechtsprechung, die diese Haftung durchaus noch einschränkt, wenn der Beauftragte sich über eindeutige Anweisungen hinwegsetzt. Nach der hier vertretenen Ansicht sollte der Unternehmer also jedenfalls dann nicht haften, wenn er dem Affiliate hinsichtlich der Werbung exakte Vorgaben macht, die keiner Auslegung bedürfen und der Affiliate diesen Vorgaben zuwider handelt. Nicht ausreichend ist es dagegen, dem Affiliate lediglich die Verpflichtung aufzuerlegen, sich rechtskonform zu verhalten.

Ausblick

Es zeigt sich, dass der Einsatz eines Affiliate-Marketingsystems mit erheblichen Haftungsrisiken verbunden sein kann. Solange es noch keine anderslautende höchstrichterliche Rechtsprechung zu dieser noch recht neuen Werbemethode gibt, ist ein Unternehmer immer mit der Unsicherheit belastet, dass ihn eine sehr weitreichende Haftung für das Verhalten seiner Affiliates treffen könnte.

Um das Risiko zu minimieren, empfehlen wir, effektive Kontrollsysteme einzurichten und bei der Vertragsgestaltung mit den Affiliates darauf zu achten, dass konkrete Vorgaben bezüglich der zulässigen Art und Weise der Werbung gemacht werden. Außerdem sollte sich der Unternehmer genügend Einflussnahmemöglichkeiten auf die Affiliates schon im Vertrag sichern und zwar auch dann, wenn er einen Affiliate-Systembetreiber zwischenschaltet.

Hinweis

Zur Haftung von Suchmaschinenbetreibern, zur Google-Buchsuche und zu anderen Themen aus dem Online-Bereich vgl. auch die Veröffentlichungen der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH (<http://www.luther-lawfirm.com/medien.php?r=1>).

Die Auswahl und Bestellung eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten

Der Datenschutzbeauftragte

Gemäß § 4f des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) sind Unternehmen, die personenbezogene Daten automatisiert erheben, verarbeiten oder nutzen, verpflichtet, einen Datenschutzbeauftragten zu bestellen, wenn sie beispielsweise mindestens zehn Arbeitnehmer in diesem Bereich beschäftigen oder Datenverarbeitungen erfolgen, die besondere Risiken für den Betroffenen bergen können und daher einer Vorabkontrolle unterliegen (beispielsweise Verarbeitung von Gesundheitsdaten oder Einsatz von Personalüberwachungssystemen). Aufgabe des Datenschutzbeauftragten ist es, auf die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben im Datenschutz hinzuwirken. Insbesondere soll er die ordnungsgemäße Anwendung der Datenverarbeitungsprogramme im Unternehmen überwachen und die mit der Datenverarbeitung betrauten Mitarbeiter mit den Anforderungen des Datenschutzes vertraut machen.

Die Auswahlkriterien – Berufsgrundsätze des BvD

Die Auswahl eines geeigneten Mitarbeiters als Datenschutzbeauftragter bereitet Unternehmen in der Praxis oftmals Schwierigkeiten. Häufig ist unklar, welche Voraussetzungen der Mitarbeiter erfüllen muss, um für dieses Tätigkeitsfeld hinreichend qualifiziert zu sein. Das Gesetz verweist insoweit nur generell auf die vom Datenschutzbeauftragten zu erfüllenden Anforderungen der Fachkunde und Zuverlässigkeit.

Nunmehr hat der Berufsverband der Datenschutzbeauftragten Deutschlands (BvD) sogenannte „Berufsgrundsätze für Datenschutzbeauftragte“ verabschiedet, um die vagen Begrifflichkeiten des Gesetzes konkreter zu fassen. Es wird im Detail beschrieben, welche Kenntnisse und Fähigkeiten beim Datenschutzbeauftragten vorliegen sollen und welche Anforderungen an die Tätigkeit des Datenschutzbeauftragten zu stellen sind. Ziel des BvD ist es, durch diese Berufsgrundsätze ein einheitliches Berufsbild des Datenschutzbeauftragten zu schaffen.

Für Unternehmen können die vom BvD verabschiedeten Berufsgrundsätze bei der Auswahl des geeigneten Mitarbeiters eine gute Hilfestellung bieten. So wird neben allgemeinen Voraussetzungen, die für die Ausübung der Tätigkeit des Datenschutzbeauftragten vorliegen sollen, insbesondere aufgezeigt, welche Kenntnisse erforderlich sind, um die Anforderung der „Fachkunde“ zu erfüllen. Dies sind neben

Basiskenntnissen in den Bereichen Recht, Informationstechnologie und Telekommunikation sowie Betriebswirtschaft und Organisation auch zusätzliche fachspezifische Kenntnisse, soweit das Unternehmen in einer besonders datenschutzrelevanten Branche tätig ist (z.B. Bank- und Finanzdienstleistungssektor, Versicherungen, Auskunfteien, etc.). Zudem soll der Datenschutzbeauftragte über ausreichende persönliche Integrität und Zuverlässigkeit verfügen. Auch die in diesem Zusammenhang in persönlicher Hinsicht zu stellenden Anforderungen werden durch die Berufsgrundsätze des BvD konkretisiert. Beispielsweise sollen bestimmte Vorstrafen oder Kündigungen wegen der Verletzung von Datenschutzvorschriften einer Bestellung zum Datenschutzbeauftragten entgegenstehen.

Der Status des Datenschutzbeauftragten im Unternehmen ist nach den gesetzlichen Wertungen u.a. geprägt durch dessen Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit. Der Datenschutzbeauftragte soll die relevanten Vorgänge im Unternehmen kontrollieren. Daher sind insbesondere Interessenkonflikte in der Person des Datenschutzbeauftragten zu vermeiden, die dazu führen können, dass der Datenschutzbeauftragte sich selbst kontrollieren müsste. Die Tätigkeit als Datenschutzbeauftragter soll in zeitlicher und/oder fachlicher Hinsicht nicht in Widerspruch zu seinen sonstigen Aufgaben und Tätigkeiten im Unternehmen stehen, sodass Mitarbeiter, deren Tätigkeit von dem Datenschutzbeauftragten zu kontrollieren ist (beispielsweise Leiter IT oder Personalabteilung), regelmäßig nicht zum internen Datenschutzbeauftragten bestellt werden dürfen.

Alternative: Der externe Datenschutzbeauftragte

Soweit im eigenen Unternehmen kein Mitarbeiter die vorgenannten Anforderungen erfüllt bzw. Interessenkonflikte oder sonstige Gründe der Bestellung einer unternehmensinternen Person entgegenstehen, können Unternehmen alternativ auch Externe, z.B. spezialisierte Rechtsanwälte, als Datenschutzbeauftragte bestellen. Die Bestellung eines qualifizierten externen Datenschutzbeauftragten kann sich vor allem aus Haftungs-, Kosten- und Effektivitätsgesichtspunkten als vorteilhafte Alternative darstellen, weil so die personellen Ressourcen im Betrieb geschont werden. Des Weiteren erspart der Unternehmer Aufwendungen zur Aus- und fortwährenden Weiterbildung des Datenschutzbeauftragten.

Unsere Empfehlung

Insbesondere die jüngsten Datenschutzskandale haben dazu geführt, dass der Bereich des betrieblichen Datenschutzes vermehrt in den Blickpunkt des öffentlichen Interesses gerückt wurde. Nicht nur die Aufsichtsbehörden für den Datenschutz, sondern auch Kunden und Geschäftspartner achten nunmehr vermehrt auf die Einhaltung datenschutzrechtlicher Standards. Die Entwicklung angemessener Datenschutzkonzepte stellt daher nicht mehr nur eine ungeliebte unternehmerische Pflicht dar, sondern kann auch Wettbewerbsvorteile und erhöhtes Vertrauen bei Kunden und Geschäftspartnern bewirken. Die Bestellung eines qualifizierten Datenschutzbeauftragten trägt hierzu erheblich bei.

Es ist Unternehmen daher zu empfehlen, bei der Auswahl des betrieblichen Datenschutzbeauftragten besonderes sorgsam und gegebenenfalls unter Beachtung der Berufsgrundsätze des BvD vorzugehen oder diese Aufgabe fachlich qualifizierten, externen Dienstleistern zu übertragen.

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.

Aktuelle Veranstaltungen

Termin	Thema/Referent	Veranstalter/Ort
14.05.2009	Business Breakfast, Mitarbeiterbesitzung durch Datenscreening (8.30 Uhr bis 12.30 Uhr) (Dr. Michael Rath, Luther, Silvia C. Bauer, Luther, Ralph Noll, PricewaterhouseCoopers, Prof. Dr. rer. pol. Felicitas G. Albers, Fachhochschule Düsseldorf, Fachbereich Wirtschaft)	Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH und PricewaterhouseCoopers, in der ClubLoungeNord im RheinEnergieStadion, Köln
15.06.2009	Internet-/E-Mail Nutzung am Arbeitsplatz (Dietmar Heise, Dr. Ralf Klühe)	IHK Region Stuttgart, Stuttgart
23.06.2009	E-Mail-Archivierung – rechtliche Vorgaben und praktische Umsetzung (13.30 Uhr bis 17.30 Uhr) (Dr. Michael Rath, Dr. Matthias Orthwein LL.M. (Boston))	Luther Rechtsanwalts-gesellschaft und Inneo Solutions GmbH, Köln
26.06.2009	Starke Marken für harte Zeiten! Mit erfolgreichen Strategien die Krise meistern (ab 17.00 Uhr) (Dr. Matthias Orthwein LL.M. (Boston))	straight. GmbH, München
26.06.2009	E-Discovery und Datenschutz bei Post Merger Integration und Business Risk Assessment (8.30 Uhr bis 15 Uhr) (Dr. Michael Rath, Silvia C. Bauer)	Luther Rechtsanwalts-gesellschaft, KPMG und Recommend, Frankfurt
09.07.2009	E-Mail-Archivierung – rechtliche Vorgaben und praktische Umsetzung (13.30 Uhr bis 17.30 Uhr) (Dr. Michael Rath, Dr. Matthias Orthwein LL.M. (Boston))	Luther Rechtsanwalts-gesellschaft und Inneo Solutions GmbH, München
16.07.2009	E-Mail-Archivierung – rechtliche Vorgaben und praktische Umsetzung (13.30 Uhr bis 17.30 Uhr) (Dr. Michael Rath, Dr. Matthias Orthwein LL.M. (Boston))	Luther Rechtsanwalts-gesellschaft und Inneo Solutions GmbH, Stuttgart

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

Vi.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

