

Informationsdienst  
für das Recht  
des geistigen Eigentums

# Der IP Rechts- Berater

## IP-Report

### Aktuelle Kurzinformationen

- EU-Mitglieder ratifizieren WIPO-Internetverträge
- EU-Ministerrat: Gemeinschaftspatent soll kommen

### Rechtsprechung

- Markenrechtsverletzung durch Suchwortwerbung eines Werbepartners
- Störerhaftung des Spediteurs bei Patentrechtsverletzungen
- Zulässigkeit sachlicher Heilmittelwerbung – Blutspendedienst
- Fehlende Unterscheidungskraft bei Werbeslogans – Thinking ahead
- Rechteinräumungen in AGB eines Darstellervertrages

## IP-Beratungspraxis

### Gewerbliche Schutzrechte

- Vertragsgestaltung bei Gemeinschaftserfindungen *Gennen*

### Wettbewerbsrecht

- Die BDSG-Novelle II und ihre Folgen für die Werbung *Bierekoven*
- Product Placement *Härting/Schätzle*

### Hinweise zum Verfahren

- Quellenschutz der Presse vs. Auskunftsanspruch im Verfügungsverfahren *Höcker*

[www.ip-rb.de](http://www.ip-rb.de)

Sehr geehrte Abonnentin, sehr geehrter Abonnent,

der gesamte Datenbestand des IP-Rechts-Beraters steht Ihnen ab Heft 1 zur **Online-Recherche kostenlos** zur Verfügung, ebenso ein Volltextarchiv der besprochenen Entscheidungen.



Einfach anmelden mit Ihrem neuen Zugangscode:

- [www.ip-rb.de](http://www.ip-rb.de)
- Rubrik **Für Abonnenten**
- Menüpunkt **Volltext-Archiv**

**Benutzername:**

**Passwort:**

**Kundenservice** für Ihre Fragen und Wünsche: Telefon 0221 9 37 38-777 · E-Mail [hotline@otto-schmidt.de](mailto:hotline@otto-schmidt.de)

Viel Erfolg bei der Recherche wünscht Ihnen  
*Ihre Redaktion*

## In diesem Heft

Neues unter [www.ip-rb.de](http://www.ip-rb.de): WIPO-Urheberrechtsvertrag (WIPO Copyright Treaty - WCT), WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger (WIPO Performances and Phonogram Treaty - WPPT)

### IP-Report

### Editorial

### Aktuelle Kurzinformationen

- ▶ EU-Mitglieder ratifizieren WIPO-Internetverträge 2
- ▶ EU-Ministerrat: Gemeinschaftspatent soll kommen 2
- ▶ Keine Unterlassung negativer Behauptungen in Patentschrift 2

### Rechtsprechung

- ▶ Markenrechtsverletzung durch Suchwortwerbung eines Werbepartners – Partnerprogramm  
BGH, Urt. v. 7.10.2009 – I ZR 109/06 3
- ▶ Störerhaftung des Spediteurs bei Patentrechtsverletzungen – MP3-Player-Import  
BGH, Urt. v. 17.9.2009 – Xa ZR 2/08 4
- ▶ Zulässigkeit sachlicher Heilmittelwerbung – Blutspendedienst  
BGH, Urt. v. 30.4.2009 – I ZR 117/07 5
- ▶ Fehlende Unterscheidungskraft bei Werbeslogans – Thinking ahead  
EuG, Beschl. v. 17.11.2009 – Rs. T-473/08 5
- ▶ Rechtmäßigkeit und Umfang von Rechteinräumungen in AGB eines Darstellervertrages  
OLG Hamburg, Urt. v. 15.9.2009 – 7 U 1/09 6
- ▶ Auslegung einer strafbewehrten Unterlassungserklärung zur Widerrufsbelehrung im Fernabsatz  
OLG Düsseldorf, Urt. v. 1.9.2009 – I-20 U 220/08 7
- ▶ Keine Persönlichkeitsrechtsverletzung durch filmische Darstellung in einer Fernsehsendung  
OLG Saarbrücken, Urt. v. 29.4.2009 – 5 U 465/08-63, 5 W 138/09-50 8

- ▶ Urheberschutz für suchmaschinenoptimierte Webseiten-Texte  
LG Köln, Urt. v. 12.8.2009 – 28 O 396/09 9

### IP-Beratungspraxis

### Gewerbliche Schutzrechte

*Klaus Gennen*

- **Vertragsgestaltung bei Gemeinschaftserfindungen** – Regelungen zu Rechten an der Erfindung und zum Ausgleichsanspruch 10

### Wettbewerbsrecht

*Dr. Christiane Bierehoven*

- **Die BDSG-Novelle II und ihre Folgen für die Werbung** – Erste Erfahrungen 15

*Niko Härting/Daniel Schätzle*

- **Product Placement** – Zulässige Platzierung von Produkten nach dem neuen Rundfunkänderungsstaatsvertrag 19

### Hinweise zum Verfahren

*Prof. Dr. Ralf Höcker, LL.M. (IP, London)*

- **Quellenschutz der Presse vs. Auskunftsanspruch im Verfügungsverfahren** – Wer verkaufte Robert Redfords Hochzeitsfotos an die „BILD“ und wie viel kassierte er dafür? 21

o|s  
Verlag  
Dr. Otto Schmidt  
Köln

# Think Global!



Geimer **Internationales Zivilprozessrecht** Von Prof. Dr. Reinhold Geimer. 6., neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2009, 1.808 Seiten Lexikonformat, gbd. 179,- €. ISBN 978-3-504-47069-2

**Bestellen Sie** bei Ihrer Buchhandlung

www.otto-schmidt.de

## Bearbeiter

### Der IP-Rechts-Berater (IPRB)

**Redaktion:** RAin Elisabeth Ivanyi (verantw. Redakteurin) · Adriane Braun (Redaktionsassistentin), Anschrift des Verlages, Tel. 0221/9 37 38-186 (Redaktions-Sekr.) bzw. -499 (Vertrieb/Abonnementsverwaltung), Fax 0221/9 37 38-903 (Redaktions-Sekr.) bzw. -943 (Vertrieb/Abonnementsverwaltung), E-Mail: [iprb@otto-schmidt.de](mailto:iprb@otto-schmidt.de), Internet: [www.ip-rb.de](http://www.ip-rb.de)

**Aktuelle Kurzinformationen:** RA Dr. Volker Herrmann, Terhaag & Partner Rechtsanwälte, Düsseldorf

**Rechtsprechung:** RA Dr. Kristofer Bott, Graf von Westphalen, Frankfurt/M. · RA Dr. Anselm Brandi-Dohrn, v. Boetticher Hasse Lohmann, Berlin · RA Dr. Carsten Brennecke, Höcker Rechtsanwälte, Köln · PatAnw Dr. Rolf Claessen, Ph.D., v. Kreisler Selting Werner, Köln · RA Prof. Dr. Lambert Grosskopf, LL.M. Eur, corax rechtsanwälte, Bremen · RA Christian Harmsen, Bird & Bird LLP, Düsseldorf · RA Matthias Koch, Freshfields Bruckhaus Deringer, Köln · RA Josef Limper, WZR Wülfig Zeuner Rechel, Köln · RA Dr. Andreas Lubberger, Lubberger Lehment, Berlin · RA Ulrich Luckhaus, Greyhills Rechtsanwälte, Köln · RA Dr. Joachim Mulch, Noerr Stiefenhofer Lutz, Düsseldorf · RA Dr. Kay Oelschlägel, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Hamburg · RA Prof. Dr. Elmar Schuhmacher, Lungerich Lenz Schuhmacher, Köln · RA Moritz Vohwinkel, LLR Legerlotz Laschet Rechtsanwälte, Köln

**IP-Beratungspraxis:** RA Dr. Sönke Ahrens, SBR Schuster Berger Bahr Ahrens Rechtsanwälte, Düsseldorf · RAin Dr. Tatjana Ellerbrock, RöverBrönner Rechtsanwälte, Berlin · RA Klaus Gennen, LLR Legerlotz Laschet Rechtsanwälte, Köln · RA Niko Härting, Härting Rechtsanwälte, Berlin · RA Prof. Dr. Gordian Hasselblatt, LL.M., CMS Hasche Sigle, Köln · RA Prof. Dr. Ralf Höcker, LL.M., Höcker Rechtsanwälte, Köln · RAin Dr. Verena Hoene, LL.M., Heuking Kühn Lüer Wojtek, Köln · RA Dr. Ingo Jung, CBH Rechtsanwälte, Köln · RA Prof. Dr. Mathias Schwarz, SKW Schwarz Rechtsanwälte, München · RA Jörg Wimmers, LL.M., TaylorWessing, Hamburg

### Beilagenhinweis

Dieser Ausgabe liegt die Beilage „Soehring, Presserecht“, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, bei.

Wir bitten unsere Leser um freundliche Beachtung.

### Vorschau auf die nächste Ausgabe

Beiträge zu folgenden Themen sind geplant:

- ➔ Zur Presserechtlichen Compliance nach dem WpHG Hoene
- ➔ Vergleichende Werbung und Markenrecht Ahrens

## Jetzt abonnieren!

# Der IP Rechts- Berater

Sie wollen regelmäßig vom Know-how des IPRB profitieren? Dann bestellen Sie jetzt Ihr Probe-Abo und Sie erhalten die nächsten **drei Hefte kostenlos!**

Weitere Infos und Bestellung unter Telefon 02 21 / 9 37 38-499 oder [www.otto-schmidt.de/zeitschriften](http://www.otto-schmidt.de/zeitschriften)

## Editorial



*Liebe Leserin, lieber Leser,*

heute legen wir Ihnen die erste Ausgabe unserer Zeitschrift **Der IP-Rechts-Berater** vor, die sich mit dem Recht des geistigen Eigentums (Intellectual Property) bzw. dem Gewerblichen Rechtsschutz einschließlich Wettbewerbsrecht befasst. Trotz des vielfältigen Angebots im „grünen Bereich“ besteht Bedarf an kompakt und kompetent aufbereiteter Rechtsprechung sowie an einer ausschließlich problemorientierten Darstellung von neuen Sachverhalten.

**Der IP-Rechts-Berater (IPRB)** bringt dazu monatlich die wichtigsten Entscheidungen zum materiellen sowie formellen IP-Recht auf den Punkt. Dem Orientierungssatz, der nicht immer identisch mit dem Leitsatz sein wird, folgt ein kurzer Problemaufriss, der Ihnen mühelos den Einstieg in die Materie ermöglicht. Nach der Zusammenfassung der Entscheidung des Gerichts werden die Konsequenzen für die Praxis und schließlich ein Beraterhinweis formuliert: dies alles in ganz komprimierter Form. Diese Stringenz, die erst durch die Kompetenz der Autoren umsetzbar wird, wird Sie jederzeit in die Lage versetzen, alle relevanten Entscheidungen umgehend und in ihrer praktischen Relevanz zu erfassen.

Schließlich gibt es im Teil „IP-Beratungspraxis“ problemorientierte Erläuterungen zu neuen rechtlichen Entwicklungen im Bereich der Gewerblichen Schutzrechte, des Urheberrechts und des Wettbewerbsrechts sowie Hinweise zu Verfahrensfragen.

Der Verlag Dr. Otto Schmidt KG hat mit diesem originären Konzept als Pionier einen ganz neuen Typus von Fachzeitschrift geschaffen, der sich bereits in zahlreichen Rechtsgebieten gut bewährt hat: **Die Berater-Zeitschrift**. Dieses Konzept lag nahe, weil im Tagesgeschäft die Bewältigung der ständig zunehmenden Informationsflut zu einer der größten Schwierigkeiten geworden ist. Ob Sie die Informationen in Papierform oder über das Internet beziehen – was bleibt, ist das Problem, die Information zu gewichten. Das heißt ganz praktisch: Welche Entscheidung bringt neue Aspekte, welche hebt die alte Rechtsprechung auf, oder wo sind z.B. bei einer Gesetzesreform die neuralgischen Punkte?

Zur weiteren Erleichterung der Informationsverarbeitung steht Ihnen als Abonnent der Inhalt der Zeitschrift auch als **Online-Datenbank** zur Verfügung. Zusätzlich zum elektronischen Abruf des Rechtsprechungs- und Aufsatzbestandes können Sie dabei auch auf den zugrunde liegenden Volltext einer jeden Entscheidung zugreifen.

Auf Anregungen und Kritik der Leserschaft ist jeder Verlag, ist jede Redaktion angewiesen. Schreiben Sie uns, was wir besser machen können – schreiben Sie uns aber auch, wenn Ihnen unsere neue Zeitschrift gefällt.

Herzliche Grüße

Ihr

A handwritten signature in black ink that reads "Peter Wint". The signature is written in a cursive, slightly stylized font.

Dr. h.c. Karl-Peter Winters  
Verleger

## IP-Report

### Aktuelle Kurzinformationen

#### EU-Mitglieder ratifizieren WIPO-Internetverträge

Am 14.12.2009 haben die Mitgliedsländer der EU den WIPO-Urheberrechtsvertrag (WIPO Copyright Treaty – WCT) und den WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger (WIPO Performances and Phonogram Treaty – WPPT) ratifiziert (s. [www.ip-rb.de](http://www.ip-rb.de)). Allerdings waren diese beiden Abkommen bereits 2002 mit der Hinterlegung der Ratifikationsurkunden in Kraft getreten. Deutschland und die anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union waren dem Vertrag seinerzeit noch nicht beigetreten. Es sollte zunächst abgewartet werden, bis alle Mitgliedstaaten der EU ihr Urheberrecht den Vorgaben der EU-Info-Richtlinie und den beiden WIPO-Verträgen angepasst hatten.

Beide Verträge stellen eine Ergänzung weiterer internationaler Verträge auf dem Gebiet des Urheberrechts dar, insbesondere dem sog. Rom-Abkommen von 1961 und der Revidierten Berner Übereinkunft (RBÜ) von 1886. Der WCT passt das internationale Urheberrecht an neue technische Entwicklungen an, vor allem an die digitale Technologie und damit verbundene Nutzungsmöglichkeiten urheberrechtlich geschützter Werke im Internet. Die Verträge werden daher auch WIPO-Internetverträge genannt. Der WPPT schützt die Rechte der ausübenden Künstler und Tonträgerhersteller. In Deutschland wurden die notwendigen Gesetzesänderungen bereits 2003 mit dem Ersten Korb, dem Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, umgesetzt.

Die jetzige Ratifizierung kann daher als symbolischer Schritt zur Schaffung internationaler Standards im Urheberrecht angesehen werden. Das Bundesjustizministerium sieht die aktuellen Entwicklungen rund um das Google Book Settlement als Beispiel für die dringende Notwendigkeit solcher internationaler Standards.

*BMJ, PM v. 14.12.2009, [www.bmj.bund.de](http://www.bmj.bund.de)*

*RA Dr. Volker Herrmann, Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht, Terhaag & Partner – [www.aufrecht.de](http://www.aufrecht.de)*

#### EU-Ministerrat: Gemeinschaftspatent soll kommen

Der EU-Ministerrat hat am 4.12.2009 einen Kompromiss zur Einführung eines Gemeinschaftspatents sowie eines europäischen Patentgerichts verabschiedet. Ziel ist die Schaffung eines einheitlichen Gemeinschaftspatents, das in allen Mitgliedsstaaten der EU gilt.

Zwar erteilt das Europäische Patentamt in München bereits heute auf der Grundlage des Europäischen Patentübereinkommens (EPÜ) Patente. Diese sind aber dem Grunde nach lediglich ein Bündel bestehend aus den einzelnen nationalen Patenten. Ein vollwertiges Gemeinschaftspatent, das in allen Ländern der EU Patentschutz genießt, gab es jedoch bislang nicht. Dies soll sie nach dem Willen des EU-Ministerrats jetzt ändern.

Der EU-Ministerrat hat daher beschlossen, dass ein einheitliches europäisches Patentgericht eingeführt werden soll. Hierzu sollen lokale und zentrale Kammern unter dem Dach eines gemeinsamen Appellationsgerichts eingerichtet werden. Dies bedeutet, dass die nationalen Gerichte als Eingangsinstanz und ein zentrales europäisches Patentgericht als Berufungsinstanz fungieren sollen. Die Gerichtsorte stehen noch nicht fest, es ist aber zu erwarten, dass die in Patentstreitigkeiten traditionell starken Standorte Düsseldorf, Mannheim, Hamburg und München das Rennen unter sich ausmachen werden. Als sicher gilt dabei Düsseldorf, das seit Jahren besonders hohe Eingangszahlen vorweisen kann. Als Standort der zentralen Berufungsinstanz wird derzeit Luxemburg favorisiert, während Paris Außenseiterchancen eingeräumt werden. Sicher ist, dass Deutschland nicht den Zuschlag erhalten wird, da bereits das Europäische Patentamt seinen Sitz in München hat.

Der Weg zum Gemeinschaftspatent und zum europäischen Patentgericht ist aber noch weit. Zunächst soll ein Gutachten des Europäischen Gerichtshofs die Vereinbarkeit der Neuregelung mit EU-Recht klären. Mit einer raschen Umsetzung der Pläne ist also nicht zu rechnen.

*RA Dr. Volker Herrmann, Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht, Terhaag & Partner – [www.aufrecht.de](http://www.aufrecht.de)*

#### Keine Unterlassung negativer Behauptungen in Patentschrift

Nachteilige Behauptungen über das Produkt eines Wettbewerbers in einer Patentschrift können auf der Grundlage des UWG nicht verboten werden. In einer Patentschrift, in der es um ein Patent für einen Aufreißdeckel für Blechdosen ging, äußerte sich der Anmelder auch zu den Nachteilen eines anderen vorbekannten Produkts. Die Patentschrift enthielt die Aussage, der neue Aufreißdeckel sei so geschaffen, dass er die benannten Nachteile des bekannten Fischdosendeckels nicht aufweise.

Dies sah der Hersteller des vorbekannten Produkts als unzulässige geschäftsschädigende Behauptung an und nahm den Anmelder des Patents auf Unterlassung in Anspruch. Nachdem das LG und das OLG Dresden der Klage stattgeben hatten, beschäftigte sich nun der BGH mit der Frage, ob wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche gegen kritische Äußerungen in Patentschriften bestehen können (BGH, Urt. v. 10.12.2009 – I ZR 46/07).



Nach § 4 Ziff. 8 UWG ist die Behauptung nicht erweislich wahrer geschäftsschädigender Tatsachen über Mitbewerber unlauter. Tatsächlich hatte die Beweisaufnahme des LG mittels Sachverständigengutachtens ergeben, dass die Behauptungen in der Patentschrift nicht zutreffen. Dennoch lehnte der BGH die auf das UWG gestützten Unterlassungsansprüche ab. Welche Angaben in die Fassung der Patentanmeldung aufzunehmen sind, richtet sich ausschließlich nach den Rechtsvorschriften des Patentgesetzes. Streitigkeiten darüber müssten zwingend in den nach dem Patentgesetz vorgesehenen Verfahren ausgetragen werden. Hier waren die Ansprüche aber auf das UWG gestützt und im Rahmen einer Unterlassungsklage geltend gemacht worden. Die Klage wurde daher als unzulässig abgewiesen. Sofern die Unterlassung auch für Aussagen außerhalb der Patentanmeldung begehrt wurde, scheiterte die Klage an der fehlenden Wiederholungsgefahr. Außerhalb der Patentanmeldung hatte der Wettbewerber die Äußerungen nämlich gar nicht getätigt und auch nicht erkennen lassen, diese außerhalb des Patenterteilungsverfahrens öffentlich machen zu wollen.

BGH, PM v. 11.12.2009, [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de)  
 RA Dr. Volker Herrmann, Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht, Terhaag & Partner – [www.aufrecht.de](http://www.aufrecht.de)

## Rechtsprechung

### Markenrechtsverletzung durch Suchwortwerbung eines Werbepartners – Partnerprogramm

**Auch im Internet haftet der Auftraggeber einer markenbasierten Suchwortwerbung nach § 14 Abs. 7 MarkenG nur für auftragskonforme Aktivitäten seines Werbepartners.**

BGH, Urt. v. 7.10.2009 – I ZR 109/06  
 (OLG Köln, Urt. v. 24.5.2006 – 6 U 200/05; LG Köln, Urt. v. 6.10.2005 – 31 O 8/05)  
 MarkenG § 14 Abs. 2, Abs. 7

**Das Problem:** Ein Internet-Versandhandel für Fahrräder und Zubehör beauftragte mehrere Werbepartner, denen er Provisionen für von diesen generierte Links auf seine Webseiten zahlte. Die Inhaberin der für Fahrräder und Zubehör eingetragenen Marke „ROSE“ beanstandete deren Verwendung als Suchwort durch eine Werbepartnerin des Internet-Versandhandels und nahm diesen deshalb wegen Markenrechtsverletzung in Anspruch.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Der BGH wies die Klage ab, weil nicht festzustellen war, dass die Werbepartnerin die beanstandete Suchwort-Werbung noch im Rahmen ihres Auftragsverhältnisses mit dem Internet-Versandhandel geschaltet hatte.

Für die markenmäßige Benutzung verwies der BGH auf seine bereits früher entwickelten Grundsätze (BGHZ 168, 128 – Impuls; BGH v. 8.2.2007 – I ZR 77/04 – Ai-

dol, MDR 2007, 1273 = CR 2007, 589 = WRP 2007, 1095), wonach die Verwendung einer geschützten Marke als Suchwort im Internet unabhängig von der Sichtbarkeit für den Benutzer dann eine **markenmäßige Benutzung** darstellt, wenn im Suchergebnis auf das werbende Unternehmen und seine Leistungen hingewiesen wird. Die markenmäßige Benutzung folge bereits aus dem Aufscheinen von Hinweisen auf Fahrräder und Zubehör in Verbindung mit dem Suchwort „rose“, was sich für den Internetnutzer als ein Herkunftshinweis auf ein bestimmtes, mit dem Wort „ROSE“ bezeichnetes Unternehmen darstelle.

Der Markeninhaber genüge seiner **Darlegungslast** bezüglich der markenmäßigen Benutzung bereits dann, wenn er darlege, dass das Aufscheinen einer Internetseite des Verwenders in einer Trefferliste auf einer dem Inhaber der Internetseite zurechenbaren Gestaltung der betreffenden Internetseite beruhe. Sei dies der Fall, müsse der Verwender die beschreibende Benutzung darlegen und beweisen.

Bezüglich des Internet-Versandhandels sei allerdings nicht von einer eigenen Markenbenutzung auszugehen, da die in der Trefferliste aufscheinende Seite ihres Werbepartners nicht **Bestandteil des Auftragsverhältnisses** zum Internet-Versandhandel gewesen sei. Auch wenn die angegriffenen Aktivitäten des Werbepartners durchaus im Interesse des Internet-Versandhandels gelegen hätten, so habe sich das Auftragsverhältnis nur auf bestimmte konkrete Seiten des Werbepartners beschränkt und nicht auf die Seite erstreckt, für die der Werbepartner die geschützte Marke „ROSE“ benutzt habe.

**Konsequenzen für Praxis:** Die Entscheidung erleichtert es **Markeninhabern**, gegen eine markenrechtsverletzende Suchwortverwendung im Internet vorzugehen. Denn für den Begriff der markenmäßigen Benutzung wird es in Zukunft nur noch darauf ankommen, ob (erstens) auf der indizierten Internetseite für Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens geworben wird und (zweitens) ob die indizierte Internetseite in einer Trefferliste nach Suchwortverwendung der geschützten Marke aufscheint. Für die immer weiter um sich greifenden Formen der vermittelnden Werbung über Links von und zu Dritten bleibt es allerdings bei den hergebrachten Grundsätzen, wonach der Betriebsinhaber nur dann für Aktivitäten seines Beauftragten haftet, wenn dieser in die Organisation des Betriebsinhabers so eingegliedert ist, dass der Betriebsinhaber einen bestimmenden, durchsetzbaren Einfluss auf den Auftragnehmer hat.

Allerdings ist nicht jede Markenbenutzung in einer Suchwortwerbung schon als Markenrechtsverletzung zu qualifizieren. Je nach Eigenart der fraglichen Marke kommt zunächst die **Ausnahme** der beschreibenden Benutzung nach § 23 MarkenG in Betracht. Ebenso ist eine Verwendung im Rahmen einer zulässigen vergleichenden Werbung nach § 6 UWG denkbar. Schließlich ist bereits der EuGH-Entscheidung „BMW/DENIC“ vom 23.2.1999 (EuGH v. 23.2.1999 – Rs. C-63/97) und der BGH-Entscheidung „Vier Ringe über Audi“ vom 17.7.2003 (BGH v. 17.7.2003 – I ZR 256/00, MDR 2003, 1430) zu entnehmen, dass die Verwendung einer Marke zur Bewerbung von Verkaufsangeboten erschöpfter Ware oder Dienst-

leistungen an erschöpfter Ware nicht unter den Tatbestand der Markenrechtsverletzung fällt.

**Bearbeiterhinweis:** Die Entscheidung zeigt, wie komplex inzwischen die Strukturen hinter einer Suchwortwerbung sein können und lässt vermuten, dass diese Form der Markenbenutzung weiter zunimmt. Umso stärker wird das Bedürfnis nach klaren Grenzziehungen. Das zeigen auch die anhängigen **Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH** (Rs. C-236; Rs. C-237; Rs. C-238 und BGH, Beschl. v. 22.1.2009 – I ZR 125/07 – Bananabay, CR 2009, 330 = MDR 2009, 705). In Anbetracht der speziellen Eignung von Marken, als „Internet-Navi“ zu fungieren, stellt sich dauerhaft die Frage, ob hier nicht unter dem Gesichtspunkt der Werbefunktion der Marke – mindestens als Ergebnis eines erweiterten Bekanntheitsschutzes – allein den Inhabern das Recht zur suchwortbasierten Werbung im Internet vorbehalten bleiben sollte. ◀

*RA Dr. Andreas Lubberger, Lubberger Lehment, Berlin*

## Störerhaftung des Spediteurs bei Patentrechtsverletzungen – MP3-Player-Import

**Es besteht keine generelle Verpflichtung, transportierte Gegenstände auf Schutzrechtsverletzungen zu überprüfen. Ergeben sich aber Anhaltspunkte für eine Schutzrechtsverletzung, muss Kontakt zum Versender oder Empfänger aufgenommen werden, um Informationen über die Gegenstände einzuholen. Schweigen die Vertragspartner, muss eine eigene Prüfung durch den Spediteur stattfinden, zu der ggf. auch Sachkundige hinzugezogen werden müssen.**

BGH, Urt. v. 17.9.2009 – Xa ZR 2/08  
(OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.11.2007 – I-2 U 51/06)  
PatG §§ 9, 139 Abs. 1, 140a Abs. 1; ZPO § 138

**Das Problem:** Die Inhaberin einer ausschließlichen Patentlizenz verlangt von einem Spediteur in die Vernichtung von verletzenden Importwaren einzuwilligen, die im Rahmen einer Grenzbeschlagnahme vom Hauptzollamt Frankfurt Flughafen festgehalten werden. Der Spediteur bestreitet die Verletzung des Patentes durch die in seiner Obhut befindlichen Waren mit Nichtwissen.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Einen Spediteur trifft **keine generelle Prüfungspflicht**, ob in seiner Obhut befindliche Waren Schutzrechte verletzen. Nur wenn konkrete Anhaltspunkte für eine offensichtliche Schutzrechtsverletzung vorliegen, muss er Informationen über die Beschaffenheit der Waren einholen.

**Bestreiten mit Nichtwissen:** Ein Spediteur kann eine Schutzrechtsverletzung mit Nichtwissen bestreiten, wenn ihm keine Informationen über den verletzenden Gegenstand vorliegen und diese Informationen von ihm auch nur mit unzumutbarem Aufwand beschafft werden können (§ 138 Abs. 4 ZPO). Eine Verpflichtung Informationen einzuholen, besteht für den Spediteur in der Regel nicht, wenn die von ihm transportierten Waren von der

Zollbehörde an der Grenze angehalten werden, da bei einer Grenzbeschlagnahme nach VO (EG) Nr. 1383/2003 die Möglichkeit besteht, die Waren zu besichtigen (§ 142b Abs. 8 i.V.m. § 142a Abs. 2 Satz 3 PatG). Ein Kläger kann bei der Besichtigung feststellen, ob die Vermutung der Zollbehörde für eine Schutzrechtsverletzung zutreffend ist, die zu der Grenzbeschlagnahme geführt hat. Nur wenn dem Spediteur konkrete Anhaltspunkte für eine Schutzrechtsverletzung vorliegen, trifft ihn eine Pflicht zur Einholung von Informationen beim Versender und gegebenenfalls zur eigenen Prüfung der Ware, zu der er ggf. Sachkundige hinzuziehen muss (sekundäre Beweislast).

**Verpflichtung zur Einwilligung in die Vernichtung:** Schuldner eines Vernichtungsanspruchs ist auch ein Spediteur, weil er die Benutzung eines Patents durch einen Dritten ermöglichen und fördern kann. Der Anspruch besteht insbesondere dann, wenn der Versender oder der Empfänger der verletzenden Ware den Verletzungsvorwurf weder bestätigt noch ausräumt und sogar mitteilt, keine Einwände gegen die Vernichtung zu haben, weil er mit der Sendung nichts zu tun habe, nicht Eigentümer sei und auch keine sonstigen Rechte an der Ware habe. Bei solchen Einwänden spricht zwar der erste Anschein für eine Patentverletzung, jedoch kann gegenüber dem Versender oder Empfänger dann nicht gefordert werden, in die Vernichtung der Waren einzuwilligen. Nach Art. 11 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1383/2003 bedarf es einer schriftlichen Zustimmung des Anmelders, des Besitzers oder des Eigentümers der Waren zur Vernichtung. Bestreitet ein Versender oder Empfänger irgendwelche Rechte an den Waren zu haben, kann er keine beachtliche Zustimmung zur Vernichtung geben und sie von ihm auch nicht gerichtlich eingefordert werden. Die Vernichtung der schutzrechtsverletzenden Waren kann in einem solchen Fall nur erreicht werden, wenn der Spediteur in die Vernichtung der Waren einwilligt, die sich in seiner Obhut befinden.

**Konsequenzen für die Praxis:** Jedes Unternehmen, das mit Waren handelt, Maschinen nutzt, beigestellte Produkte weiterverarbeitet oder auch nur Waren transportiert, kann in immaterialgüterrechtliche Auseinandersetzungen über diese Gegenstände hineingezogen werden. Ergeben sich Anhaltspunkte für eine Schutzrechtsverletzung, muss Kontakt zu den Verkäufern, Herstellern, Bestellern oder Versendern aufgenommen werden. Schweigen die Vertragspartner, muss eine eigene Prüfung stattfinden, ob eine Schutzrechtsverletzung vorliegt, zu der ggf. auch Sachkundige hinzugezogen werden müssen.

**Beraterhinweis:** In Verträge jeder Art muss eine Regelung über Regressforderungen aufgenommen werden, falls Gegenstände auf Schutzrechtsverletzungen geprüft werden müssen. Auch muss die Haftung geregelt werden, wenn aufgrund der Prüfung fälschlich eine Schutzrechtsverletzung vermutet wird, aber letztlich eine Verletzung nicht vorliegt und es zu einer Vernichtung von Waren oder Gegenständen kommt. ◀

*RA Prof. Dr. Lambert Grosskopf, corax rechtsanwälte, Bremen*



## Zulässigkeit sachlicher Heilmittelwerbung – Blutspendedienst

**Der bloße Hinweis in der Werbung eines Blutspendedienstes, dass den Spendern eine Aufwandsentschädigung gewährt werden kann, die sich am unmittelbaren Aufwand orientiert (§ 10 Satz 2 Transfusionsgesetz), verstößt nicht gegen das Werbeverbot nach § 7 Abs. 3 HWG.**

BGH, Urt. v. 30.4.2009 – I ZR 117/07  
(OLG Düsseldorf, Urt. v. 3.7.2007 – I-20 U 19/07)  
HWG § 7 Abs. 3; GG Art. 12 Abs. 1

**Das Problem:** Ein Blutspendedienst weist in einer Anzeige darauf hin, dass für die Blutspende eine Aufwandsentschädigung gewährt wird. Eine solche Entschädigung sieht § 10 Satz 2 Transfusionsgesetz (TFG) vor. § 7 Abs. 3 Heilmittelwerbe-gesetz (HWG) hingegen verbietet, für die Beschaffung von Blutspenden mit der Zahlung einer Aufwandsentschädigung zu werben.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Der BGH hat auf die nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zugelassene Revision das Berufungsurteil aufgehoben und die Klage **abgewiesen**. Der Hinweis auf die Aufwandsentschädigung sei zwar Werbung i.S.d. § 1 HWG. Er sei aber trotz des in § 7 Abs. 3 HWG ausgesprochenen Werbeverbots mit Rücksicht auf Art. 12 Abs. 1 GG zulässig.

**Vorinstanz:** Die Instanzgerichte erkannten im Eil- und im Hauptsacheverfahren auf eine wettbewerbswidrige (§ 7 Abs. 3 HWG i.V.m. §§ 3, 4 Nr. 11 UWG) Werbung. Zwar sei das Werbeverbot des § 7 Abs. 3 HWG auf Fälle „reklamehafter“ Werbung zu beschränken. Die betroffene Anzeige – der Hinweis auf die Aufwandsentschädigung war drucktechnisch hervorgehoben – falle aber in diese Kategorie. Das Berufungsgericht stützte sein Urteil u.a. auf die Erwägung, mit Rücksicht auf die **Qualität des Transfusionsguts** sei es bedenklich, einen **finanziellen Anreiz** für Blutspenden werblich herauszustellen, weil durch die Aussicht auf eine Aufwandsentschädigung z.B. Drogenabhängige zur Blutspende gelockt werden könnten.

**Einschränkende Auslegung des Werbeverbots:** Der BGH teilt den Ausgangspunkt des Berufungsgerichts: Der Hinweis auf die Aufwandsentschädigung ist Werbung, die aber trotz des in § 7 Abs. 3 ausgesprochenen Werbeverbotes mit Rücksicht auf Art. 12 Abs. 1 GG unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist. Das Berufungsgericht habe aber den **Schutzzweck des § 7 Abs. 3 HWG** unrichtig bestimmt, **Art. 12 Abs. 1 GG** nicht hinreichend beachtet und die Anforderungen an eine aus dem Verbot des § 7 Abs. 3 HWG herausführende **sachliche Information** überspannt. Der Gesetzgeber habe in erster Linie nicht die Qualität des Transfusionsgutes schützen, sondern einer **Kommerzialisierung des Transfusionswesens** entgegenwirken wollen. Bei wortlautgetreuer Wiedergabe einer gesetzlichen Bestimmung – so im entschiedenen Fall § 10 Satz 2 TFG – müsse grundsätzlich von einer „sachlichen Information“ ausgegangen werden. Die konkrete Gestaltung der Werbeanzeige im Übrigen enthalte nichts, was vor

diesem Hintergrund die Werbung mit der Aufwandsentschädigung als „übertrieben reklamehaft“ zu beurteilen erlaube.

**Konsequenzen für die Praxis:** Das Urteil ist zunächst, abgesehen von den Instanzentscheidungen, die erste veröffentlichte Entscheidung zu § 7 Abs. 3 HWG. Über den konkreten Sachverhalt hinaus enthält es verallgemeinerungsfähige Aussagen zur grundrechtskonformen Anwendung heilmittelrechtlicher Werbeverbote.

**Gesetzeswortlaut:** Der Wortlaut des § 7 Abs. 3 HWG ist, was das Werbeverbot angeht, eindeutig, der Begriff der Werbung an sich weit auszulegen (BGH, Urt. v. 26.3.2009 – I ZR 213/06 – Festbetragsfestsetzung, MDR 2009, 1291 – Rz. 17). Deshalb war die Entscheidung des Berufungsgerichts, den Anwendungsbereich des Werbeverbots auf „reklamehafte“ Werbung zu beschränken, auf Kritik gestoßen (Riegger, Heilmittelwerberecht, Kap. 7 Rz. 49). Der Begründung zu § 7 Abs. 3 HWG lässt sich eine solche Einschränkung nicht entnehmen.

**Grundrechte, Gesetzeszweck:** Allerdings gebietet es, worauf der BGH erneut hinweist (Rz. 17, zuletzt BGH, Urt. v. 1.3.2007 – I ZR 51/04, MDR 2007, 1273 – Rz. 19, im Anschluss an BVerfG, Beschl. v. 30.4.2004 – 1 BvR 2334/03 – Botox), die Notwendigkeit grundrechtskonformer Auslegung einer grundrechtsbeschränkenden Norm zu prüfen, ob die vom Wortlaut der Norm erfasste konkrete Werbemaßnahme geeignet ist, den Adressaten sachlich zu beeinflussen und dadurch zu einer zumindest mittelbaren Gesundheitsgefährdung zu führen. Wenn § 7 Abs. 3 HWG in erster Linie nicht auf den Gesundheitsschutz bezogen ist, sondern sich gegen die **Kommerzialisierung des Transfusionswesens** richtet, muss man die Prüfung der jedenfalls mittelbaren Gefährdung auf diesen Gesetzeszweck ausrichten.

**Beraterhinweis:** Die Diskussion über die Grenze zwischen Werbung und sachlicher Information ist nicht abgeschlossen. Der BGH hat eine diesen Punkt betreffende Frage kürzlich dem EuGH vorgelegt (BGH, Beschl. v. 16.7.2009 – I ZR 223/06 – Arzneimittelpräsentation im Internet). In einem anderen dort anhängigen Vorlageverfahren (Rs. C-421/07) nimmt der Generalanwalt in den am 18.11.2009 veröffentlichten Schlussanträgen zu der Frage Stellung, unter welchen Voraussetzungen Aussagen Dritter als Werbung des von solchen Aussagen begünstigten Unternehmens aufzufassen sind. ◀

*RA Dr. Kristofer Bott, Graf v. Westphalen, Frankfurt/M.*

## Fehlende Unterscheidungskraft bei Werbeslogans – Thinking ahead

**Die Wortmarke „THINKING AHEAD“ stellt eine grundsätzlich anpreisende Botschaft in Bezug auf Dienstleistungen in Klasse 41 dar, da die inhärente Bedeutung an die Zukunft denken lässt. Dieses Zeichen ist daher nicht als Herkunftshinweis geeignet.**

EuG, Beschl. v. 17.11.2009 – Rs. T-473/08  
(OHIM, Second Board of Appeal, Beschl. v. 14.8.2008 – R 728/2008-2)

Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20.12.1993 über die Gemeinschaftsmarke, Art. 7 Abs. 1b; Verordnung (EG) Nr. 207/2009 des Rates vom 26.2.2009 über die Gemeinschaftsmarke, Art. 7 Abs. 1b

**Das Problem:** Die Anmelderin meldet am 8.3.2007 beim Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt die Gemeinschaftsmarke „THINKING AHEAD“ u.a. in Klasse 41 an. Die Marke wird mit Entscheidung vom 7.3.2008 zurückgewiesen. Am 6.5.2008 legt die Anmelderin gegen diese Zurückweisung Beschwerde ein. Mit Entscheidung vom 14.8.2008 weist die zweite Beschwerdekammer des Harmonisierungsamts für den Binnenmarkt die Wortmarke „THINKING AHEAD“ zumindest in Klasse 41 zurück. Die Beschwerdekammer ist der Ansicht, dass nach ständiger Rechtsprechung der Beschwerdekammern der angemeldeten Marke, die aus einem Werbeslogan besteht, jegliche Unterscheidungskraft fehlt. Der angemeldeten Marke liege kein weitergehender Bedeutungsgehalt zugrunde, der es einem maßgeblichen Teil der Öffentlichkeit erlauben würde, das Zeichen außer in seiner offensichtlich anpreisenden Bedeutung in Erinnerung zu behalten.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Der EuGH weist die Anträge der Anmelderin zurück.

Das Zeichen „THINKING AHEAD“ richte sich an den Massenmarkt. Gerade in den Bereichen Ausbildung, Kultur und Unterhaltung sei die englische Sprache in vielen Ländern üblich geworden. Die Einzelbedeutungen der beiden Worte veränderten sich nicht wesentlich in Kombination. Die klare und eindeutige Bedeutung, nämlich „im Voraus denken“ gehe nicht über den Bedeutungsgehalt der beiden Einzelbestandteile hinaus. Die angemeldete Wortmarke weise keine fantasievollen Elemente auf und könne auch bei einem maßgeblichen Teil der Öffentlichkeit keinen Überraschungseffekt erzeugen.

**Konsequenzen für die Praxis:** Der EuGH setzt die Entscheidungspraxis der Zurückweisung aller Slogans fort. So wurde in den Jahren 2008 und 2009 keinem Slogan die notwendige Unterscheidungskraft zugebilligt. Insgesamt hatte das Gericht erster Instanz über neun Slogans und der Europäische Gerichtshof über zwei Slogans zu befinden. Auch in der Vorinstanz bei den Beschwerdekammern des Harmonisierungsamts für den Binnenmarkt wurde in den letzten zwei Jahren nur in drei Prozent der Fälle, in denen es um Slogans ging, eine ausreichende Unterscheidungskraft festgestellt (Quelle: [www.darts-ip.com](http://www.darts-ip.com)).

**Beraterhinweis:** Slogans als Wortmarke eintragen zu lassen, scheint wieder schwieriger zu sein. Daher mag es im Fall von Slogans ratsam sein, den Weg über eine nationale Marke zu gehen. Zumindest in Deutschland ist die Beschwerdeinstanz, nämlich das BPatG, offenbar etwas großzügiger, da in den letzten zwei Jahren dort bei 14 % der Markenmeldungen, bei denen es um Slogans ging, die notwendige Unterscheidungskraft festgestellt wurde (Quelle: [www.darts-ip.com](http://www.darts-ip.com)). Auch scheint es in Deutschland in Bezug auf Slogans wichtig zu sein, die richtige Leitklasse für die Anmeldung zu wählen, da die

Senate des BPatG offenbar unterschiedliche Auffassungen zur Eintragbarkeit von Slogans haben. ◀

*Patentanwalt Dr. Rolf Claessen, Patentanwälte v. Kreisler Selting Werner, Köln*

## Rechtmäßigkeit und Umfang von Rechteeinräumungen in AGB eines Darstellervertrages

**Die einem „Anstellungsvertrag für Darsteller“ zwischen einer Filmproduktionsfirma und einer Schauspielerin beigefügte „Anlage A: Allgemeine Bedingungen für Filmschaffende“, insbesondere das darin erhaltene Recht zur Werbung und Klammerteilauswertung (WKR) verstoßen nicht gegen die §§ 305 ff. BGB.**

OLG Hamburg, Urt. v. 15.9.2009 – 7 U 1/09, rkr.  
(LG Hamburg, Urt. v. 12.12.2008 – 324 O 467/08)  
KUG §§ 22, 23; BGB §§ 133, 157, 305 ff.

**Das Problem:** Eine Schauspielerin schloss mit einer Filmproduzentin einen „Anstellungsvertrag für Darsteller“ und wirkte in einem Film mit. Diesem Vertrag war eine Anlage beigefügt, die bzgl. der Leistungen des Filmschaffenden am Film alle Rechte an den Filmhersteller überträgt, wobei dort u.a. explizit „Das Recht zur Werbung und Klammerteilauswertung“ (WKR) und das „Merchandising-Recht“ (MR) aufgeführt wurden; das letztgenannte Recht wurde allerdings gestrichen.

Eine Schokoladenherstellerin bewarb ihre Produkte u.a. mit dem Bildnis der Schauspielerin in ihrer Filmrolle. Die Parteien streiten darüber, ob die Schauspielerin noch Inhaberin des Rechts zur Verbreitung des von der Schokoladenherstellerin verwendeten Bildnisses ist. Die Schokoladenherstellerin stützt sich hierfür auf einen Vertrag zwischen ihr und einer dritten Partei, abgeleitet über die Filmproduzentin. Hintergrund dieses Streites ist die Streichung der o.g. MR-Klausel.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Das Gericht hat **keine Verletzung** des Rechts am eigenen Bild gem. §§ 22, 23 KUG angenommen. Der Schauspielerin stünden Ansprüche auf Unterlassung usw. wegen Nutzung ihres Bildnisses zu Werbezwecken nicht zu; denn das Recht auf eine solche Nutzung habe sie in o.g. Vertrag auf die Filmproduzentin übertragen.

**Branchenübliche Nutzungsform:** Die von der Schokoladenproduzentin vorgenommene Werbeaktion stelle eine Nutzungsform dar, wie sie von der nicht gestrichenen Vertragsklausel WKR umfasst sei. Dort sei das Recht eingeschlossen, in „branchenüblicher Weise (...) auch unter Verwendung des Namens und des Bildes des Filmschaffenden für die Produktion ... oder für andere Produkte zu werben“.

**§§ 305 ff. BGB:** Zwar sei die vorgenannte Bestimmung eine Allgemeine Geschäftsbedingung i.S.v. § 305 Abs. 1 BGB, allerdings bestünde kein Zweifel an ihrem Inhalt (§ 305c Abs. 2 BGB). Es handele sich auch nicht um eine überraschende Klausel i.S.v. § 305c Abs. 1 BGB, da Werbemaßnahmen in der hier beschriebenen Art weithin

üblich seien. Gegen Klauselverbote verstoße die Bestimmung ebenfalls nicht, da die Klausel keine von Rechtsvorschriften abweichende Regelung enthalte und daher die Anwendung der §§ 307 Abs. 1 und 2, 308 und 309 BGB wegen **§ 307 Abs. 3 Satz 1 BGB** ausgeschlossen sei.

**Vertragsauslegung:** Auf die erörterte Frage, ob die Werbeaktion auch von der gestrichenen Klausel MR erfasst gewesen war, käme es nicht an; denn Grundlage der Auslegung des Vertrages seien die Bestimmungen, die die Parteien vereinbart haben und nicht solche, die sie nicht vereinbart haben. Dass beide Parteien bei der Streichung der Klausel übereinstimmend den klaren Willen gehabt hätten, damit auch das Werberecht für Drittprodukte zu beschränken und in der verbliebenen Klausel eine bloße Falschbezeichnung sähen, habe die Schauspielerin nicht dargelegt.

**Konsequenzen für die Praxis:** Vorgefertigte Rechtsklauseln in AGB zu einem Vertrag sind unter dem Gesichtspunkt der Praktikabilität bei allen größeren Lizenznehmern anzutreffen. Sollten sie inhaltlich klar formuliert sein, keine überraschende Klausel sowie keine von Rechtsvorschriften abweichende Regelung enthalten, ist ein Verstoß gegen die §§ 305 ff. BGB nicht anzunehmen. Obwohl die heutigen Nutzungsformen zugleich mehrere Rechte tangieren, kann eben trotz der Streichung eines auf den ersten Blick einschlägigen Rechts dennoch eine Nutzungsform durch Formulierung in einem anderen Recht gedeckt sein, da dies – jede Klausel für sich betrachtet – und ausgehend von einer Branchenüblichkeit auch nicht gegen § 305c Abs. 1 BGB verstößt.

**Beraterhinweis:** Die Formulierung von entsprechenden vollumfänglichen Rechtsklauseln durch den Verwender bzw. die Verhandlung solcher Klauseln durch den Berater von Lizenzgebern muss exakt erfolgen. Es muss geprüft werden, ob die Formulierung hinsichtlich eines Rechts auch nur dieses betrifft, damit nicht das Recht in der Formulierung eines anderen Rechts noch im Vertrag enthalten bleibt. Zudem sind die Überschriften mit größter Vorsicht zu betrachten: Diese sollten nur einen Überblick geben, aber eben nicht darauf schließen lassen, dass unter dem genannten Recht auch nur dieses Recht formuliert/ingeräumt wird. Denn der Verwender von „falschen oder unzureichenden Überschriften“ kann sich wohl auf das Institut der „falsa demonstratio non nocet“ berufen. Allerdings könnte dies sodann ggf. ein Fall des § 305c Abs. 1 BGB sein. ◀

*RA, FA Urheber- und Medienrecht, FA Steuerrecht Josef Limper, WZR Wülfing Zeuner Rechel, Köln*

## ➤ Auslegung einer strafbewehrten Unterlassungserklärung zur Widerrufsbelehrung im Fernabsatz

**Eine strafbewehrte Unterlassungserklärung ist im Kontext ihrer Entstehungsgeschichte auszulegen. Wird im Fernabsatz nicht über das Widerrufs- bzw. Rückgaberecht belehrt und in einem Unterwerfungsvertrag sich dazu verpflichtet, zukünftig**

**ordnungsgemäß über das Bestehen des Widerrufs- bzw. Rückgaberechts zu informieren, erstreckt sich die Erklärung nicht darauf, dass die Widerrufs- bzw. Rückgabebelehrung in jedweder Hinsicht inhaltlich zutreffend sein muss.**

OLG Düsseldorf, Urt. v. 1.9.2009 – I-20 U 220/08, rkr. (LG Kleve, Urt. v. 2.10.2008)  
BGB §§ 133, 157, 312d

**Das Problem:** Ein Online-Händler hatte gegenüber einem Mitbewerber eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben, in der er sich unter Zahlung einer Vertragsstrafe verpflichtete,

es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs bei Fernabsatzverträgen über Waren mit privaten Endverbrauchern auf der Auktionsplattform eBay den Verbraucher nicht ordnungsgemäß über das Bestehen eines Widerrufs-/Rückgaberechts zu informieren.

Nach Abgabe der strafbewehrten Unterlassungserklärung hat der Online-Händler in seine eBay-Angebote eine Widerrufsbelehrung aufgenommen. Der Mitbewerber hat diese jedoch in zwei Punkten als nicht gesetzeskonform angesehen und eine Vertragsstrafe eingeklagt. Das Gericht hatte hierbei die Frage zu klären, ob die abgegebene Unterlassungserklärung den Online-Händler lediglich dazu verpflichtet, überhaupt über das Widerrufs-/Rückgaberecht zu belehren, oder ob die Verpflichtung so weitreichend ist, dass der Online-Händler in jedem Fall eine ordnungsgemäße Belehrung vorweisen muss, die allen rechtlichen Anforderungen genügt.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Der Online-Händler hat **keine Vertragsstrafe** an den Mitbewerber zu entrichten.

**Auslegung der Unterlassungserklärung:** Die Unterlassungserklärung sei nach allgemeinen Grundsätzen auszulegen. Diese erforderten eine Auslegung nicht völlig losgelöst von der Entstehungsgeschichte der Erklärung. Insbesondere gelte dies für Fälle, in denen die zu unterlassene Handlung in der Erklärung nur sehr allgemein bezeichnet sei. Vorliegend könne aus der allgemeinen Formulierung nicht ohne weiteres darauf geschlossen werden, dass der Online-Händler jegliche Form eines Rechtsverstoßes zu unterlassen versprochen habe. Eine solche Verpflichtung läge möglicherweise dann nahe, wenn das der Unterwerfung vorangegangene Verhalten in einer fehlerhaften Widerrufsbelehrung gelegen hätte. Anlass für die Abmahnung sei im Streitfall aber nicht eine solche fehlerhafte Belehrung gewesen, sondern das Fehlen jeglicher Belehrung. Insofern gehe das Versprechen des Online-Händlers nicht darüber hinaus, über das Bestehen eines derartigen Rechts überhaupt zu belehren. Angesichts der Vielzahl bislang höchstichterlich nicht geklärter Zweifelsfragen zu den Einzelheiten einer ordnungsgemäßen Belehrung, liege die Annahme fern, der Online-Händler habe zugleich eine in jeder Hinsicht zutreffende Widerrufsbelehrung versprechen wollen, und das ohne inhaltlich festzulegen, wie eine solche Belehrung abzufassen sei.

Beschränkt sich zudem die der abgegebenen strafbewehrten Unterlassungserklärung vorausgehende Abmahnung auf die Aufzählung gesetzlicher Vorschriften, ohne deren



Inhalt im Einzelnen klarzustellen, insbesondere wie nach diesen Bestimmungen eine Widerrufsbelehrung genau abzufassen sei, erstreckte sich auch eine auf eine solche Abmahnung hin abgegebene strafbewehrte Unterlassungserklärung nicht auf die Unterlassung ganz bestimmter Belehrungsfehler.

**Konsequenzen für die Praxis:** Die vorliegende Entscheidung beschäftigt sich mit drei Themenkomplexen. Der erste und wichtigste Bereich betrifft die Auslegung von strafbewehrten Unterlassungserklärungen. Der zweite Bereich betrifft die Formulierung von vollstreckungsfähigen Unterlassungserklärungen und der dritte Bereich die Frage, inwiefern Belehrungshinweise irreführend sein können.

**Auslegung einer Unterlassungserklärung:** Eine Unterlassungserklärung ist unter Einbeziehung ihrer Entstehungsgeschichte auszulegen. Ergibt sich danach, dass bislang überhaupt keine Belehrung erfolgte, kann die Unterlassungserklärung auch bei einer Verpflichtung zur „ordnungsgemäßen Belehrung“ dahin ausgelegt werden, dass sich der Unterlassungsschuldner nur dazu verpflichten wollte, zukünftig überhaupt die Verbraucher über ihr Widerrufs- bzw. Rückgaberecht zu belehren. Sofern sich die Unterlassungserklärung auch auf die inhaltliche Ausgestaltung der Erklärung beziehen soll, muss die Unterlassungserklärung konkret aufzeigen, wie die Belehrung des Unterlassungsschuldners in dieser Hinsicht gestaltet sein muss.

**Vollstreckbare Unterlassungserklärung:** Der gerichtlichen Entscheidung ist eindeutig zu entnehmen, dass eine Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Belehrung keinen vollstreckbaren Inhalt darstellt. Dies gilt umso mehr, wenn noch zahlreiche rechtliche Zweifelsfragen, wie im Bereich der Gestaltung einer rechtmäßigen Widerrufs- bzw. Rücktrittsbelehrung, bestehen. Insofern ist es für eine vollstreckungsfähige Erklärung notwendig, dass in der Unterlassungserklärung konkret aufgeführt wird, welchen Inhalt die Widerrufsbelehrung in jedem Fall enthalten muss, damit sie nach Ansicht des Unterlassungsgläubigers rechtskonform ist. Nur wenn dann die vom Unterlassungsschuldner verwendete Widerrufsbelehrung nicht diese konkreten Inhalte aufweist, liegt ein Verstoß gegen die Unterlassungserklärung vor.

**Beraterhinweis:** Die Entscheidung des OLG Düsseldorf zeigt, dass sowohl bei der Abfassung von Unterlassungserklärungen als auch von Verfügungsanträgen äußerst präzise gearbeitet werden muss. Verallgemeinerungen, die ihre Grenzen nicht deutlich werden lassen, bloße Wiederholungen der Verbotsnorm des Gesetzestextes oder Wendungen, die zu unscharf sind, können die Erklärung zu unbestimmt und damit nicht vollstreckungsfähig machen (vgl. hierzu *Ahrens/Jestaedt*, Der Wettbewerbsprozess, 6. Aufl., Kapitel 22 Rz. 15). Der BGH hat allerdings klargestellt, dass die Übernahme einer gesetzlichen Regelung in eine Unterlassungserklärung ausreichend ist, wenn der Gesetzeswortlaut bereits selbst die Verletzungshandlung genau beschreibt (vgl. BGH v. 29.6.1995 – I ZR 137/93 – Verbraucherservice, MDR 1996, 709 = GRUR 1995, 832 [833]). Bei unbestimmter Formulierung wird die Entstehungsgeschichte der Unter-

lassungserklärung bei der Auslegung berücksichtigt. Schließlich zeigt die Entscheidung auch, dass eine Abweichung von der in der BGB InfoV enthaltenen Musterwiderrufsbelehrung nicht irreführend sein muss, sofern die Abweichung die Verbraucher in nachvollziehbarer Weise über ihre Rechte aufklärt. ◀

*RA Dr. Kay Oelschlägel, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Hamburg*

**Mehr zum Thema:** Vgl. auch OLG Düsseldorf, Ur. v. 31.3.2009 – I-20 U 141/07.

## Keine Persönlichkeitsrechtsverletzung durch filmische Darstellung in einer Fernsehsendung

**Wengleich die Erkennbarkeit einer Person in einer Fernsehmagazinsendung regelmäßig nicht an der Verpixelung ihrer Gesichtszüge scheitert, kommt ein Geldentschädigungsanspruch nicht in Betracht, wenn die betroffene Person in der filmischen Darstellung weitgehend unkenntlich gemacht worden ist und Äußerungen lediglich ihr berufliches, den Blicken der Öffentlichkeit ohnehin ausgesetztes Verhalten betreffen.**

**Ist eine Äußerung über eine berufliche Tätigkeit in Wahrnehmung berechtigter Interessen und die Prüfung ihrer Richtigkeit mit pressemäßiger Sorgfalt erfolgt, so kann Unterlassung nicht beansprucht werden, solange Wahrheit oder Unwahrheit offen sind.**

OLG Saarbrücken, Ur. v. 29.4.2009 – 5 U 465/08-63, 5 W 138/09-50, rkr.

(LG Saarbrücken, Ur. v. 11.9.2008 – 3 O 334/06)

GG Art. 1, 2 Abs. 1; BGB §§ 12, 253 Abs. 2, 823 Abs. 1, 861, 1004

**Das Problem:** In einem TV-Wirtschaftsmagazin wird ein Beitrag ausgestrahlt, der sich mit unlauteren Geschäftspraktiken von Haustürvertretern bei der Kundenakquise befasst. Ein solcher Haustürvertreter wird bei Verkaufsgesprächen gezeigt, wobei die von ihm gefertigten Aufnahmen ohne seine Zustimmung mit versteckter Kamera gefilmt und im ausgestrahlten Beitrag gepixelt waren. Die Aufnahmen dienten zur Illustration verschiedener kritischer Behauptungen, bei denen im Einzelnen umstritten ist, ob sie wahr sind, so überhaupt aufgestellt wurden bzw. ob sie sich auf den betroffenen Haustürvertreter, der namentlich nicht genannt wurde, bezogen. Der Haustürvertreter verlangt Unterlassung sowie immateriellen Schadensersatz.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Das Gericht **verneint Ansprüche** auf Unterlassung und „Schmerzensgeld“.

**Erkennbarkeit:** Bei Äußerungen, die sich auf die berufliche Tätigkeit beziehen, genüge es, dass die angeblich betroffene Person von Menschen erkannt werden kann, die mit ihr zusammen arbeiten oder mit ihr sonstigen beruflichen Kontakt haben. Eine Erkennbarkeit scheidet insoweit nicht schon von vornherein daran, dass die Gesichtszüge verpixelte wurden. Vielmehr könnten auch kur-

ze Eindrücke der Gestalt und eine angeblich typische Jacke zur Identifizierung geeignet sein.

**Beweislast:** Bei Äußerungen, die in den Anwendungsbereich des § 186 StGB fallen, gelte zwar grds. die dort aufgestellte Beweislastregel, wonach der Äußernde die Wahrheit der Behauptung zu beweisen habe. Diese greife aber dann nicht, wenn die Äußerung in Wahrnehmung berechtigter Interessen, vor allem der Freiheit von Presse und Rundfunk, erfolgt sei. Hat der Äußernde in diesem Fall die „pressemäßige Sorgfalt“ aufgewandt, so kann Unterlassung nicht gefordert werden, solange Wahrheit oder Unwahrheit der Äußerung offen sind (BGH, Urt. v. 17.11.1992 – VI ZR 352/91, MDR 1993, 230; Urt. v. 12.2.1985 – VI ZR 225/83, MDR 1986, 43). Bei Äußerungen, deren Mehrdeutigkeit umstritten ist, trage der Betroffene die Beweislast für die Mehrdeutigkeit.

**Pressemäßige Sorgfalt:** Hinsichtlich der Einhaltung dieser Sorgfalt sei zu fordern, dass der Betroffene – jedenfalls nahezu – unkenntlich gemacht wird und daher lediglich besonders aufmerksamen Betrachtern ein Rückschluss auf ihn möglich ist.

**Erstreckung des Unterlassungsanspruchs:** Erfasst seien nicht nur wortgleiche Äußerungen, sondern auch sinn-gemäße, im Kern wesensgleiche Darstellungen sowie verdeckte Inhalte, die dem Wortlaut einer Äußerung nicht, wohl aber ihrem sich aufdrängenden Sinn zu entnehmen sind.

**Geldentschädigung:** Sie komme nicht in Betracht, wenn der Betroffene weitgehend unkenntlich gemacht wurde und lediglich sein berufliches, ohnehin den Blicken der Öffentlichkeit ausgesetztes Handeln Gegenstand der Berichterstattung ist.

**Konsequenzen für die Praxis:** Das Gericht markiert Möglichkeiten – und Grenzen – kritischer Berichterstattung, insbesondere bei der Arbeit mit versteckter Kamera. Es zeigt, dass einer Erkennbarkeit durch das Mittel der Verpixelung praktisch kaum entgegengewirkt werden kann, macht aber zugleich auch deutlich, welche positiven Rechtseffekte der Einsatz dieses Mittels für die Medien mit sich bringen kann, da es als deutliches Indiz für die Einhaltung der pressemäßigen Sorgfalt anzusehen ist.

**Beraterhinweis:** Investigativ tätigen Journalisten kann das Urteil als Musterbeispiel dafür dienen, welchen Sinn eine Verpixelung haben kann, obwohl der eigentlich mit ihr verfolgte Zweck, nämlich eine Erkennbarkeit zu verhindern, in der Praxis (fast) nie erreicht wird. Zu beachten ist, dass die Entscheidung ausdrücklich nicht etwaige Ansprüche aus einer Verletzung des Rechts am eigenen Bild zum Gegenstand hatte. Unter Berücksichtigung der durch das Gericht angelegten Maßstäbe wird man in Fällen der vorliegenden Art aber auch insoweit zumindest etwaige Geldentschädigungsansprüche zu verneinen haben. ◀

*RA Prof. Dr. Elmar Schuhmacher, Lungerich Lenz Schuhmacher, Köln*

## Urheberschutz für suchmaschinenoptimierte Webseiten-Texte

**Urheberschutz kann sich auch aus der Wortauswahl und -anordnung zum Zweck der Suchmaschinenoptimierung ergeben.**

**Rechtsverletzungen auf einer Internetseite begründen den fliegenden Gerichtsstand, solange keine lokale Begrenzung naheliegt.**

LG Köln, Urt. v. 12.8.2009 – 28 O 396/09, rkr.  
UrhG §§ 2 Abs. 1 Nr. 1, 97 Abs. 1; ZPO § 32

**Das Problem:** Ein „mobiler“ DJ wirbt für seine Tätigkeit im Internet. Hierzu hat er Texte aus dem Internetauftritt eines Konkurrenten verwendet. Es handelt sich um längere Textpassagen, die zudem der Funktionsweise von Suchmaschinen angepasst sind.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Das Gericht hat die Verwendung der Texte als Urheberrechtsverletzung **untersagt**.

**Zuständigkeit des Gerichts:** Das Gericht hat sich für zuständig erklärt. Tatort und damit Gerichtsstand sei jeder Ort, an dem der Internetauftritt **bestimmungsgemäß abgerufen** werden kann. Ein mobiler DJ, der nicht auf eine lokal begrenzte Tätigkeit hinweise, richte sich mit seiner Internetseite an das gesamte Bundesgebiet. Zudem hatte der DJ auf Nachfrage ein Angebot für einen Auftritt an einem für ihn weiter entfernt liegenden Ort in der Nähe des Gerichtssprengels gemacht.

**Urheberrechtsschutz an Webseiten-Texten:** Das Gericht hat zudem den Urheberschutz des konkurrierenden DJs an seinen Webseiten-Texten bejaht. Zwar handele es sich um Werbe-Texte, die weniger Gestaltungsspielraum ermöglichen würden als erfundene Texte. Andererseits liege durchaus gewisse Individualität vor, weil über die Jugend des DJs und seine spezielle Ausstattung berichtet werde. Maßgeblich seien aber vor allem **individuelle Wortwahl und Gedankenführung**. Entscheidend stellte das Gericht dabei auf eine Besonderheit ab. Es war unstrittig geblieben, dass die Texte **suchmaschinenoptimiert** erstellt worden waren. Dies wird im Urteil nur insofern erläutert, als dass hierzu eine geschickte Auswahl und Anordnung von Schlüsselwörtern erforderlich sei. An den Texten der Website wird dies nicht festgemacht. Diese Form von Suchmaschinenoptimierung gehe jedenfalls über das handwerkliche Können eines durchschnittlichen Webdesigners hinaus.

**Konsequenzen für die Praxis: Ausnahmen vom fliegenden Gerichtsstand:** Der fliegende Gerichtsstand ist bei unerlaubten Handlungen im Internet die Regel. Ausnahmen gelten nur im Fall lokaler Begrenzungen des Adressatenkreises. Solche können sich aus einem strikten Ortsbezug (z.B. Schornsteinfeger mit zugewiesenem Bezirk) oder aus einer aktiven Klarstellung ergeben.

**Suchmaschinenoptimierung:** Hinsichtlich des Urheberschutzes für Texte im Internet ist eine überaus praxisrelevante Ausnahme zu berücksichtigen, nämlich die Suchmaschinenoptimierung. Das ist vor folgendem Hintergrund zu sehen: An die begehrten ersten Trefferpositionen bei einer Suchmaschinenabfrage zu gelangen, wird



immer schwieriger. Längst reicht es nicht mehr aus, einfach nur passende Meta-Tags zu haben und von vielen anderen Seiten verlinkt zu werden. Suchmaschinen achten immer mehr auf die konkrete Gestaltung der Texte. Als Reaktion hierauf gestalten Webdesigner Texte, die in Wortauswahl und -anordnung den Auswahlkriterien der Suchmaschinen möglichst entsprechen. Vor dem LG Köln hat bereits das OLG Rostock (OLG Rostock, Beschl. v. 27.6.2007 – 2 W 12/07, CR 2007, 737) diese Art der Suchmaschinenoptimierung als urheberrechtlich relevante Gestaltung anerkannt. Es steht zu erwarten, dass bald schon standardmäßig eine Suchmaschinenoptimierung zumindest behauptet werden wird, um Urheberrecht für Internettexpte jeglicher Art zu erreichen. Allerdings wird das dann ebenso standardisiert bestritten werden. Die bloße Optimierungsbehauptung wird also auf lange Sicht nicht mehr ausreichen können.

**Beraterhinweis:** Nur selten gilt für das Vorgehen gegen einen Internetauftritt nicht der fliegende Gerichtsstand. Wer sich tatsächlich nur an lokal begrenzte Adressaten wendet, sollte darauf in jedem Fall auch ausdrücklich hinweisen. Der Rechtsinhaber hingegen kann seinen Wunsch-Gerichtsstand dadurch absichern, dass er zuvor eine Anfrage für einen Ort im Gerichtssprengel lanciert. Die Übernahme fremder Texte aus dem Internet kann weniger denn je empfohlen werden. Rechtsinhaber, die sich auf Suchmaschinenoptimierung berufen, sollten aber nachweisen können, wie diese sich auf die konkrete Auswahl und Anordnung der Textbestandteile ausgewirkt hat. Das sollte im Idealfall bereits bei der Texterstellung vom Texter bzw. Webdesigner dokumentiert werden. ◀

RA Moritz Vohwinkel, LLR Legerlotz Laschet Rechtsanwälte, Köln

## IP-Beratungspraxis

### Gewerbliche Schutzrechte

#### ■ Vertragsgestaltung bei Gemeinschaftserfindungen

##### Regelungen zu Rechten an der Erfindung und zum Ausgleichsanspruch

von Klaus Gennen\*

*Das bloße und vielfach im Hinblick auf die Zusammensetzung der Miterfinder zufällige Zusammenwirken mehrerer bei der Schaffung einer (technischen) Erfindung führt zu einer Bruchteilsgemeinschaft (BGH v. 17.10.2000 – X ZR 223/98 – Rollen-antriebseinheit, MDR 2001, 706 = GRUR 2001, 226; v. 18.3.2003 – X ZR 19/01 – Gehäusekonstruktion, GRUR 2003, 702). In den deutschen Schutzstatuten finden sich nur rudimentäre Regelungen zu Voraussetzungen und Folgen der Miterfinderschaft (vgl. § 6 Satz 2 PatG, § 13 Abs. 2 GebrMG, § 2 Abs. 1 Satz 2 HalbLSchG, § 8 Abs. 1 Satz 2 SortenschutzG). Lediglich in § 8 UrhG ist eine Regelung enthalten, die auf die Gesamthandsgemeinschaft abstellt; diese Sonderform wird hier außer Betracht gelassen. Im Übrigen greifen §§ 741 ff. BGB (die Gestaltung bei Vorliegen einer Gesellschaft, §§ 705 ff. BGB, die z.B. bei Gemeinschaftserfindungen in FuE-Projekten auftreten kann, wird vorliegend nicht betrachtet). Es besteht Bedarf nach Gestaltung auf vertraglichem Wege (s.a. die Bestrebungen der AIPPI; Henke et al., GRUR-Int. 2007, 503 ff., GRUR-Int. 2009, 818 ff.), und sei es im Nachhinein, wenn die Beteiligten das Vorliegen der Gemeinschaft erkannt haben.*

#### I. Ausgangssituation

Die Fälle, in denen Gemeinschaftserfindungen entstehen, sind vielfältig, so z.B., wenn die Überleitung der Rechte

mehrerer Miterfinder an der Erfindung auf den Arbeitgeber bzw. Dienstgeber teilweise fehlschlägt, sei es bei Arbeitnehmern im Falle fehlerhafter unbeschränkter Inanspruchnahme gemäß der bis zum 30.9.2009 geltenden Rechtslage oder bei Organmitgliedern bei nicht zureichender vertraglicher Abtretung. Auch im Bereich überbetrieblicher FuE-Tätigkeiten sind Gemeinschaftserfindungen denkbar.

In Fällen der Bruchteilsgemeinschaft an einer Erfindung, einer Anmeldung oder einem Schutzrecht (im Folgenden einheitlich Schutzrecht) fehlt es oft an Regelungen der Beteiligten zur Behandlung des gemeinschaftlichen Schutzrechts, z.B. dazu,

- wie entschieden wird, ob und ggf. in welchen Ländern eine Erfindung überhaupt zum Schutzrecht angemeldet werden oder als geheimes Know-how behandelt werden soll,
- wer ggf. die Anmeldung federführend durchführen soll,
- ob und unter welchen Bedingungen und mit welchen finanziellen Mitteln die Anmeldung bzw. das

\* Der Autor ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für IT-Recht und für Arbeitsrecht, Partner bei LLR Legerlotz Laschet Rechtsanwälte, [www.llr.de](http://www.llr.de).

Schutzrecht in kritischen Situationen aufrechterhalten und/oder verteidigt werden soll,

- wie über das Fallenlassen gemeinschaftlicher Schutzrechte entschieden wird, wenn z.B. ein Teilhaber den auf ihn entfallenden Teil der Kosten der Aufrechterhaltung nicht mehr zu tragen bereit ist,
- welcher Teilhaber die Erfindung bzw. das Schutzrecht auf welche Weise in den Formen der §§ 9 ff. PatG nutzen darf,
- ob und inwiefern gegen Verletzer vorgegangen werden soll,
- wie bei der Lizenzvergabe und bei der Teilung der Lizenzeinnahmen verfahren werden soll,
- welche Möglichkeiten es evtl. geben soll, den grundsätzlich möglichen freien Verkauf eines Anteils eines Teilhabers am Schutzrecht an beliebige Dritte zu verhindern,
- ob und inwiefern es einen Ausgleichsanspruch zwischen den Teilhabern bei unterschiedlichen Nutzungsumfängen geben soll<sup>1</sup>.

## II. Grundsätze bei fehlender Vereinbarung

Folgende Grundsätze dürften nach h.M. für den Fall eingreifen, dass **keinerlei Vereinbarungen** bestehen:

Es ist bekannt, dass bei einer reinen Bruchteilsgemeinschaft die Rechte an der Erfindung bzw. an dem späteren Schutzrecht den Beteiligten in der Form gemeinschaftlich zustehen, dass jeder Beteiligte sie in den Formen der §§ 9 ff. PatG nutzen kann; Verbotensrechte bestehen nicht<sup>2</sup>.

Man ist mehrheitlich der Auffassung, dass jedenfalls abschließliche Lizenzen am gesamten Schutzrecht als dingliche Belastung desselben nur bei Zustimmung aller Teilhaber vergeben werden dürfen; für einfache Lizenzen wird das teilweise abweichend gesehen<sup>3</sup>.

Jeder Teilhaber darf seinen Anteil an dem Schutzrecht ohne Zustimmung der anderen veräußern, § 747 Satz 1 BGB. Insgesamt veräußert werden kann das Schutzrecht aber nur, wenn alle Teilhaber zustimmen.

Der BGH hat in der Entscheidung „Gummielastische Masse II“<sup>4</sup> klargestellt, dass ein Ausgleichsanspruch wegen unterschiedlicher Nutzungsintensität (unterschiedlich hohe Gebrauchsvorteile) nur in Betracht kommt,

- wenn ein solcher Ausgleich vereinbart ist,
- wenn ein entsprechender Beschluss erfolgt oder
- ab dem Zeitpunkt, ab dem die Forderung auf einen solchen Ausgleich tatsächlich erhoben wird (was eine Forderung nach anderer Verwaltung ist, § 745 Abs. 2 BGB).

Der BGH erteilt damit einer rückwirkenden Geltendmachung von Ausgleichsansprüchen eine Absage.

Im Übrigen gelten mangels Absprachen §§ 741 ff. BGB. So folgt aus §§ 741 ff. BGB z.B. kein allgemeines Konkurrenzverbot der Teilhaber untereinander, jedoch immerhin die Verpflichtung, beim Gebrauch der Erfindung die Belange der anderen Teilhaber zu berücksichtigen. Ferner sind im Zweifel die Anteile gleich (§ 742 BGB) und der Anteil am Ertrag richtet sich hiernach (§ 743 BGB). Für die Verwaltung gelten §§ 744 bis 746 und die Lasten- und Kostentragung erfolgt nach § 748 BGB. Die Aufhebung kann wohl im Zweifel jederzeit verlangt werden, § 749 Abs. 1 BGB, was in der Praxis problematisch erscheint.

Der vertragliche Regelungsbedarf ist offensichtlich.

## III. Regelungsgegenstände

Die vorstehend angesprochenen Gesichtspunkte werden nachstehend in eine „Grundformel“ einer vertraglichen Regelung gefasst. Als Fallkonstellation wird eine FuE-Zusammenarbeit zwischen Industriepartnern unterstellt<sup>5</sup>, bei der Gelegenheit besteht, vor Eintritt in die Kooperation die vertragliche Regelung zu Erfindungen individualvertraglich auszugestalten.

### 1. Grundsätze zu neuen Erfindungen und Altrechtlichen eines einzelnen Vertragspartners

Jede Regelung in einem FuE-Vertrag sollte Grundregelungen zu Rechten an neuen technischen Lösungen enthalten, zu den an vor Projektbeginn bestehenden Rechten und zu den Nutzungsrechten hieran während des laufenden Projekts und nach dessen Abschluss. Dass u.a. der Begriff des „Arbeitsergebnisses“ der gesonderten Definition bedarf, sei vorausgeschickt<sup>6</sup>.

Beispielhaft mag folgende (recht kurze und nicht alle Aspekte berücksichtigende) Regelung sein:

#### **Muster**formulierung

#### **Altschutzrechte, Rechte an Arbeitsergebnissen, die bei einem Vertragspartner entstehen**

1. Jeder Vertragspartner ist/bleibt Inhaber seiner z. Zp. (des Abschlusses des Vertrags/des Beginns des Vorhabens) bestehenden Schutz- und Urheberrechte und des geheimen technischen Know-how („Altschutzrechte“)<sup>7</sup>.

1 S. hierzu BGH v. 22.3.2005 – X ZR 152/03 – Gummielastische Masse II, BGHZ 162, 342 m.w.N.; *Gennen* in FS Bartenbach, 2004, S. 335 ff.

2 *Busse/Keukenschrijver*, PatG, § 6 Rz. 40 m.w.N.

3 Zum Meinungsstand s. *Busse/Keukenschrijver*, PatG, § 6 Rz. 42, insb. Fn. 111; s.a. *Haedicke*, GRUR 2007, 23 ff. (für die Marke).

4 BGH v. 22.3.2005 – X ZR 152/03 – Gummielastische Masse II, BGHZ 162, 342; s.a. BGH v. 21.12.2005 – X ZR 165/04 – Zylinderrohr, MDR 2006, 766.

5 Damit werden zu Zwecken der Vereinfachung der Darstellung mehrere Problemfelder ausgeblendet, u.a. die Beteiligung von Hochschulen oder Großforschungseinrichtungen sowie die Förderung von Forschungsvorhaben durch die öffentliche Hand.

6 Verzichtet wird insoweit aus Gründen der Vereinfachung der Darstellung auf sonst übliche weitere Definitionen wie z.B. „Foregroundrechte“ oder „Backgroundrechte“. Auf die Darstellung evtl. Besonderheiten bei gemeinschaftlichen Urheberrechten (§ 8 UrhG), im Hinblick auf den Umstand, dass oft Software (mit) Ergebnis von FuE-Arbeiten ist, wird ebenfalls verzichtet.

7 In diese Kategorie, wenngleich mit dem Begriff „Altschutzrechte“ insoweit nicht zutreffend bezeichnet, fallen auch die zeitlich parallel zum Vorhaben, aber außerhalb des Vorhabens, entwickelten Erkenntnisse eines Vertragspartners.

*(Ggf. Regelung zu Informationspflichten zu in Vorhaben und/oder Verwertungsphase notwendigen Alt-schutzrechten, evtl. Regelung zu [Nutzungs-] Rechten Dritter daran, ggf. Regelung zu Abstimmungen über die [Nicht-] Inbenutzungnahme von Alt-schutzrechten zur Vermeidung von Abhängigkeiten)*

2. Die Rechte an sämtlichen im Rahmen des Entwicklungsvorhabens erzielten Arbeitsergebnissen stehen ausschließlich demjenigen Vertragspartner zu, dessen Mitarbeiter oder Organmitglieder diese Ergebnisse erzielt haben. Soweit diese Arbeitsergebnisse, insbesondere technische Erfindungen, schutzfähig sind, ist ausschließlich der betreffende Vertragspartner Inhaber der dinglichen Rechte an der Erfindung bzw. Lösung und zur Schutzrechtsanmeldung berechtigt.

3. *(Regelung zur Lizenzierung der einem einzelnen Vertragspartner auf dinglicher Ebene zustehenden Alt-schutzrechte und neuen Arbeitsergebnisse an die anderen Vertragspartner für den Zeitraum des Vorhabens und für die sich daran anschließende Verwertungsphase<sup>8</sup>; ferner Verweisung auf an anderer Stelle im Vertrag befindliche Geheimhaltungsverpflichtung zum Schutz des Know-how, das Alt-schutzrecht oder Arbeitsergebnis eines anderen Vertragspartners ist)*

4. Sofern und soweit ein Vertragspartner an der Aufrechterhaltung eines von ihm auf ein Arbeitsergebnis nach Ziff. I.2. angemeldeten Schutzrechts bzw. an der Anmeldung kein Interesse mehr hat oder dieses Schutzrecht zu veräußern beabsichtigt, teilt er dies den übrigen Vertragspartnern (schriftlich) mit. Innerhalb von (zwei Wochen) nach Zugang dieser Mitteilung können die anderen Vertragspartner Interesse an einer Übernahme (schriftlich) äußern; fristwährend ist der Zugang der Interesseerklärung bei dem Schutzrechtsinhaber. Die ihr Interesse fristgerecht äussernden Vertragspartner haben das Recht auf Übernahme des Schutzrechts bzw., wenn der Schutzrechtsinhaber eine Veräußerung beabsichtigt, ein Vorkaufsrecht. Äußern mehrere Vertragspartner fristgerecht ein Übernahminteresse, gilt vorbehaltlich einer abweichenden Vereinbarung unter den Interessenten eine Übernahme zu gleichen Teilen. Mit der Übernahme verbundene Kosten tragen die übernehmenden Vertragspartner als Gesamtschuldner, intern gemäß ihren Anteilen. Für das Vorkaufsrecht gelten im Übrigen §§ 463 ff. BGB.

5. Jeder Vertragspartner trägt die Erfindervergütung für seine Arbeitnehmererfinder oder die auf die Übertragung oder Vermittlung von Rechten entfallende Vergütung für etwa eingeschaltete Unterauftragnehmer selbst.

## 2. Gemeinschaftliche Entwicklungen

Im Hinblick auf Entwicklungen, die gemeinschaftlich gemacht wurden, sind (beispielhaft) folgende Regelungen denkbar:

**Muster**formulierung

**Rechte an Arbeitsergebnissen, die gemeinschaftlich entstehen**

1. Arbeitsergebnisse, an denen Mitarbeiter oder Organmitglieder mehrerer Vertragspartner (in schöpferischer Weise) (in einer einen Miterfinderanteil begründenden Weise) beteiligt sind, stehen (vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen) den an dem Arbeitsergebnis beteiligten Vertragspartnern („Beteiligten“) gemeinschaftlich zu. Soweit diese Arbeitsergebnisse schutzfähig sind, sind die Beteiligten gemeinschaftlich Inhaber der diesbezüglichen Rechte.

2. Es gelten im Verhältnis der Beteiligten zueinander ohne Rücksicht auf die tatsächlichen Anteile und vorbehaltlich einer abweichenden Vereinbarung gleiche Anteile. *(Alternativen denkbar und wohl auch eher üblich, z.B. nach tatsächlichen Miterfinderanteilen der [Arbeitnehmer-] Erfinder)*

Diese Anteile sind auch für sämtliche Kosten, Lasten und Erträge in Bezug auf die Anmeldung, Verteidigung und Verwertung der Erfindung, einer Anmeldung hierzu und einem etwaigen Schutzrecht (im Folgenden einheitlich „Schutzrecht“) maßgeblich, sofern nicht (nachstehend) etwas anderes vereinbart ist.

3. Die Beteiligten werden (mit der Mehrheit der Anteile) (einvernehmlich) (jeweils unverzüglich)(durch Vereinbarung/Beschluss) klären,

- ob und in welchem sachlichen Umfang auf gemeinschaftliche Arbeitsergebnisse Schutzrechtsanmeldungen erfolgen,
- welcher Beteiligte die Federführung bei Schutzrechtsanmeldungen übernimmt,
- in welchen Ländern (gemeinschaftliche) Schutzrechtsanmeldungen vorgenommen werden sollen,
- wer in welchem Umfang die Kosten dafür trägt,
- wie im Falle einer notwendigen Verteidigung des Schutzrechts gegen Angriffe Dritter vorzugehen ist,
- ob und inwiefern gegen Schutzrechtsverletzer vorgegangen wird,
- (...).

4. Der federführende Beteiligte ist der alleinige Ansprechpartner für die zu beauftragenden Patentanwälte und alleiniger Ansprechpartner für Dritte. *Er... (Regelung der sonstigen Kompetenzen, ggf. Haftungsbeschränkung des Federführers im Verhältnis zu den Beteiligten, ggf. Verweisung auf gesonderte Vollmacht bzw. Formular hierzu)*

5. Sofern und soweit gemeinschaftliche Arbeitsergebnisse nicht zum Schutzrecht angemeldet werden, stellen sie im Umfang ihrer Nichtoffenkundigkeit gemeinschaftliches (geheimes) technisches Know-how dar und sind gegen unbefugten Zugriff Dritter zu schützen. (Auf die Geheimhaltungsvereinbarung in Ziff. ... wird verwiesen.)

<sup>8</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 2 und 3 GruppenfreistellungsVO FuE, ABl. EG Nr. L 304 v. 5.12.2000, 10, ohne eine solche Regelung über den Zugang der Vertragspartner zu den FuE-Ergebnissen einschl. der zu deren Verwertung erforderlichen Altrechte wäre die FuE-Kooperation jedenfalls nicht gruppenfrei-gestellt.



6. Im Hinblick auf die Nutzungs- und Verwertungsrechte an gemeinschaftlichen Schutzrechten und gemeinschaftlichem Know-how wird folgendes vereinbart:

- a) Jeder Beteiligte hat das Recht, die gemeinschaftlichen Schutzrechte und das gemeinschaftliche Know-how in den in §§ 9 bis 10 PatG beschriebenen Formen zu nutzen und im Wege der Lohnfertigung (verlängerte Werkbank) für sich nutzen zu lassen.
- (b) *Regelung entsprechend Ziff. I.3., bezogen auf das Verhältnis der Beteiligten zu den nicht an dem konkreten Arbeitsergebnis beteiligten übrigen Vertragspartnern, ggf. Verweisung)*
- c) Jeder Beteiligte (Vertragspartner) ist berechtigt, kostenfreie, einfache, zeitlich unbegrenzte, auf die Nutzungsrechte nach lit. a) inhaltlich begrenzte, (...) Lizenzen an verbundene Unternehmen zu erteilen. Verbundene Unternehmen sind (...)
- d) Ein Recht zur Vergabe von Lizenzen an sonstige Dritte steht dem einzelnen Beteiligten (Vertragspartner) (nicht zu) (in folgendem Umfang zu: ...).
- e) (...)
- f) Beabsichtigt ein Beteiligter, im Hinblick auf seinen Anteil an einem Schutzrecht, sei es für ein Land oder mehrere Länder, die Kosten der Aufrechterhaltung nicht weiter tragen zu wollen, gilt Ziff. I.5 für den Anteil entsprechend.
- g) Jeder Beteiligte ist jederzeit berechtigt, seinen Anteil an dem Schutzrecht bzw. Know-how zu veräußern. Ziff. I.5 gilt für den Anteil entsprechend.

7. Ein Anspruch auf Ausgleich wegen unterschiedlicher Umfänge der Ziehung von Gebrauchsvorteilen, gleich welcher Art, wird von den Beteiligten ausgeschlossen.

*alternative Möglichkeit:*

7. *Der Anspruch auf Ausgleich wegen unterschiedlicher Umfänge in der Ziehung von Gebrauchsvorteilen wird wie folgt vereinbart:*

- a) *Jeder Beteiligte zahlt an die anderen Beteiligten für die Benutzung der gesamten Erfindung eine Vergütung, die als eine anteilige Lizenzgebühr ausgedrückt wird. Hierzu wird ermittelt, welche Lizenzgebühr (Bezugsgröße mal Lizenzsatz) bei Lizenzierung der Erfindung im Ganzen angemessen wäre, und der die Erfindung nutzende Beteiligte zahlt an die übrigen Beteiligten eine anteilige Lizenzgebühr i.H.v. deren jeweiligem Anteil. (Nutzungen von verbundenen Unternehmen nach Ziff. II.6.c) werden ebenfalls nach dieser Regelung behandelt, bei kostenfreier Lizenzierung durch Ermittlung einer fiktiven angemessenen Bezugsgröße.)*
- b) *Eingehende Lizenzgebühren werden im Umfang der Anteile zwischen den Beteiligten geteilt.*
- c) (...)
- d) *Der Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung zur Ermittlung der Ausgleichszahlung nach den*

*vorstehenden Regelungen gestaltet sich wie folgt: (...)*

8. Eine Aufhebung einer Bruchteilsgemeinschaft nach §§ 749 ff. BGB vor Ablauf der maximalen gesetzlichen Schutzfrist gemäß den anwendbaren Schutzrechtsstatuten darf nur aus wichtigem Grund erfolgen. Dasselbe gilt für die gemeinschaftliche Inhaberschaft bei Know-how bis zur Offenkundigkeit des gesamten in Rede stehenden Know-how. Eine Aufhebung erfolgt, wenn sich alle Teilhaber einig sind, im Wege des freihändigen Verkaufs gegen Höchstgebot, sonst nach § 753 Abs. 1 Satz 2 BGB.

9. Ziff. I.5 gilt entsprechend.

10. Sofern und soweit durch die vorstehenden Regelungen nicht ausgeschlossen, gelten §§ 741 ff. BGB ergänzend.

Dieser Vorschlag sei ausschnittsweise wie folgt kurz kommentiert:

#### a) Ziff. 1: gemeinschaftliche Erfindung

Die Regelung stellt den Grundsatz auf, wann von einer gemeinschaftlichen Erfindung im Rechtssinne auszugehen ist. Hier kann auf die tatsächliche Erfinderschaft nach patentrechtlichen Grundsätzen abgestellt werden mit der Folge, dass bei einer Mehrparteienkonstellation ggf. ein Vertragspartner oder mehrere Vertragspartner nicht „Beteiligte“ in dem o.a. Sinne sind. Es finden sich auch Regelungen, nach denen alle Vertragspartner stets „Teilhaber“ sind, auch wenn sie keine Erfinder beisteuern (wobei sie dann ggf. im Hinblick auf Abstimmungen über die Erfindung weniger Rechte haben als Teilhaber mit schöpferischem Beitrag); dann entfällt die Unterscheidung zwischen „Vertragspartner“ und „Beteiligter“ im Sinne der Musterformulierung.

#### b) Ziff. 2: Miterfinderanteile

Die Regelung nimmt § 742 BGB auf und kann insoweit entbehrlich sein. Eher tunlich ist in der Praxis das Abstellen auf die patentrechtlich sich ergebenden Miterfinderanteile als Ausgangspunkt für die Bestimmung der Bruchteile.

#### c) Ziff. 3: gemeinschaftliche Verwaltung

Die Regelung fasst zusammen, in welchen Punkten die Teilhaber eine gemeinschaftliche Verwaltung zu suchen haben und benötigen. Problematisch sind im Ergebnis alle Fälle: Wird Einstimmigkeit gefordert, entstehen Probleme, wenn ein Teilhaber ausschert, entsprechendes gilt bei Mehrheitsentscheidungen. Kann jeder Teilhaber in Bezug auf seinen Anteil vollkommen freie Entscheidungen treffen, kann Chaos ausbrechen. Da die meisten der anliegenden Entscheidungen, zumindest im Hinblick auf die Schutzrechtsanmeldung, in einem frühen Stadium getroffen werden, in dem noch keine Einnahmen zu verteilen sind, fallen die Entscheidungen in der Praxis ohnehin meist einstimmig aus. Geht es später z.B. um Auslandsanmeldungen (innerhalb des Prioritätsjahres) oder noch später um das kostspielige Verteidigen des Rechts oder das Vorgehen gegen Verletzer, gehen die Meinungen oft

auseinander. Insoweit könnte die vorgeschlagene Regelung erweitert werden um Regelungen, die darauf hinauslaufen, dass diejenigen, die für ein bestimmtes Vorhaben keine Kosten tragen wollen, im Hinblick auf das Vorhaben außen vor bleiben und dementsprechend auch nicht an etwaigen Erlösen zu beteiligen sind. So kann z.B. ein Teilhaber, dem eine Anmeldung in anderen Ländern zu kostspielig ist, weil dort ohnehin sein Markt nicht liegt, in Bezug darauf auf den Anteil verzichten mit der Maßgabe, dass der Anteil für ein bestimmtes Land den dort anmeldenden Teilhabern zuwächst. Im Grunde geht es hier um eine weitgehend entsprechende Anwendung von Ziff. 6.a) und b).

#### d) Ziff. 4: Federführung

Die Federführung wird geregelt, einschließlich etwaiger Informationsrechte und Abstimmungserfordernisse. Oft wird für den Federführer die Haftung dem Grunde nach auf grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz beschränkt.

#### e) Ziff. 5: nicht schutzfähiges Know-how

Die Regelung behandelt das nicht schutzfähige Know-how und stellt es den schutzfähigen Erfindungen gleich.

#### f) Ziff. 6: Nutzungs- und Verwertungsbefugnisse

Dargestellt ist ein Grundmuster für die Regelung der Nutzungs- und Verwertungsbefugnisse.

- Der Vorschlag in lit. a) gibt lediglich den aktuellen Meinungsstand wieder. Denkbar sind hier Regelungen, in denen ein Beteiligter auf bestimmte Nutzungshandlungen im Wege einer Vereinbarung über die Verwaltung (entgeltlich) verzichtet und diese den übrigen Teilhabern oder einem bestimmten Teilhaber zuweist; vielfach werden solche Vereinbarungen aber erst getroffen, wenn die Erfindung besteht und die tatsächliche Verwertung der gefundenen Ergebnisse fest steht.<sup>9</sup>
- Lit. b) ist erforderlich, weil in einer FuE-Kooperation alle Vertragspartner – also auch solche, die keine „Beteiligten“ an einer Gemeinschaftserfindung sind – Zugang zu den FuE-Ergebnissen haben müssen<sup>10</sup>.
- Lit. c) schlägt vor, dass die Beteiligten ihren verbundenen Unternehmen Lizenzen (für im Einzelfall auszuarbeitende Nutzungsarten) ohne besondere Gestattung erteilen dürfen.
- Lit. d) betrifft die Lizenzerteilung im Übrigen. Meist finden sich hier Regelungen über den Zwang zur Einstimmigkeit oder zu qualifizierten Mehrheiten. Dies ist für kleinere FuE-Partner ohne eigene Produktionskapazitäten oft misslich, denn für sie stellt die Lizenzvergabe (neben dem Verkauf des Anteils) im Grunde die einzige Verwertungsmöglichkeit dar, jedenfalls dann, wenn ein Ausgleichsanspruch ausgeschlossen wird (wie Ziff. 7. dies vorschlägt). Der Ausweg führt bisweilen über die Erlaubnis, einfache Lizenzen an Dritte frei erteilen zu dürfen und die Einnahmen hieraus vollständig behalten zu dürfen. Das bringt unabgestimmte Lizenzvergaben mit sich, die die Stimmung unter den Teilhabern nicht verbes-

sert, insbesondere, wenn ein kleinerer Beteiligter damit droht, eine Lizenz an einen Konkurrenten eines anderen Beteiligten zu vergeben.

- Lit. f) und g) regeln den Fall, der für die Alleininhaberschaft an einem Schutzrecht bereits von Ziff. 1.4. erfasst ist (Verweisung).

#### g) Ziff. 7: Ausgleichsanspruch

Unter Industriepartnern, die jeweils eigene Verwertungswege beschreiben und von anderen Vertragspartnern wirtschaftlich unabhängig sein wollen, wird der Ausgleichsanspruch typischerweise abbedungen (erstrangiger Vorschlag). Sind jedoch neben den Industriepartnern KMU oder Forschungsinstitute bzw. Ingenieurbüros mit der FuE befasst und übertragen diese nicht im Wege der (ggf. entgeltlichen) dinglichen Abtretung die Erfindung auf den Industriepartner, besteht ein Bedürfnis nach einer Regelung über den Ausgleich (kursiv gesetzter Vorschlag). Hier sind sämtliche Regelungen denkbar, wie man sie auch aus technischen Lizenzverträgen kennt, bezogen jeweils auf die Anteile.

Der Industriepartner wird, wenn er sich auf den Ausgleichsanspruch einlässt, ein Interesse daran haben, dass der Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung auf einen handhabbaren Umfang beschränkt wird (lit. d).

#### h) Ziff. 8: Einschränkung des Rechts zur jederzeitigen Aufhebung

I.d.R. besteht ein Bedürfnis, das Recht zur jederzeitigen Aufhebung nach § 749 BGB auf das gesetzliche Minimum zurückzuführen. Da das Schutzrecht nicht teilbar ist und eine Teilung in Natur nach § 752 BGB nicht in Betracht kommt (allenfalls regional getrennt übertragbar), erfolgt die Verwertung nach § 753 BGB und damit nach § 1277 BGB, ein vielfach unerwünschtes Ergebnis, wenn nicht über § 753 Abs. 1 Satz 2 BGB eine Versteigerung (nur) unter den Teilhabern erfolgt – die dann immer noch eine erneute Vereinbarung treffen können, wonach die nach der Versteigerung vorliegenden Eigentumsverhältnisse den Anteilen der verbleibenden Teilhaber wieder angeglichen werden. Insoweit ist insbesondere denkbar, dass man für die gesetzlich nicht ausschließbaren Fälle eine **Durchführungsvereinbarung** findet, die – sieht man es aus Sicht der Beteiligten, die die Aufhebung nicht wünschenden – im Ergebnis dazu führt, dass das Schutzrecht bei denjenigen Beteiligten verbleibt, die eine Aufhebung nicht wünschenden, und der Anteil des die Aufhebung wünschenden Beteiligten den anderen Beteiligten zuwächst. Vielfach sind in Vereinbarungen über Bruchteilsgemeinschaften auch klare Regelungen dergestalt zu finden, dass der Verkauf an einen außenstehenden Dritten schlicht ausgeschlossen wird<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Solche Regelungen müssen sich in den kartellrechtlichen Grenzen halten, weil sonst eine (Gruppen-) Freistellung der Vereinbarung nicht gewährleistet ist, s.a. Fn. 8.

<sup>10</sup> S.o. Fn. 8; sollte jedoch bereits die vertragliche Verpflichtung bestehen, alle Vertragsparteien ohne Rücksicht auf einen etwaigen Erfindungsanteil zu Bruchteilsgemeinschaftern zu machen, ist eine solche Regelung nicht erforderlich.

<sup>11</sup> S.a. Aderhold in Erman, BGB, § 753 Rz. 5 m.H.a. § 749 Rz. 10.



Zu empfehlen ist ggf. eine **Schiedsgerichtsklausel**. Allerdings muss dann zügig entschieden werden, denn ein lang währendes schiedsgerichtliches Verfahren ist inso-

weit untonlich, wenn es um die kurzfristige Entscheidung über die Verwertung eines gemeinschaftlichen Rechts geht.

## Wettbewerbsrecht

### ■ Die BDSG-Novelle II und ihre Folgen für die Werbung Erste Erfahrungen

von Dr. Christiane Bierekoven\*

*Am 1.9.2009 ist die sog. BDSG-Novelle II in Kraft getreten. Sie hat einige Änderungen im Bereich der Verwendung personenbezogener Daten für Werbemaßnahmen nach sich gezogen, die allerdings letztlich nicht so schwerwiegend ausgefallen sind, wie zunächst angenommen. Dennoch ist die Rechtslage unklarer geworden, nicht zuletzt deswegen, weil die erforderliche Abstimmung des BDSG mit dem TMG leider ausgeblieben ist. Der nachfolgende Beitrag zeigt die Probleme auf, die sich in der Beratungspraxis aufgrund der unklaren Situation, insbesondere bei der Kombination von Online- und Offlinewerbung stellen, und gibt erste praktische Empfehlungen.*

#### 1. Bisherige Rechtslage

Bislang konnten personenbezogene Daten zum Zweck der Werbung, der Tätigkeit von Auskunfteien, dem Adresshandel oder für die Markt- und Meinungsforschung erhoben, gespeichert oder verarbeitet werden, wenn kein Grund zu der Annahme bestand, dass der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse am Ausschluss der Erhebung, Speicherung oder Verarbeitung hatte oder wenn die Daten aus allgemein zugänglichen Quellen entnommen werden konnten oder die verantwortliche Stelle sie veröffentlichen durfte, es sei denn, das schutzwürdige Interesse des Betroffenen am Ausschluss der Erhebung, Speicherung oder Verarbeitung überwog offensichtlich, § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 BDSG.

Eine Übermittlung dieser Daten war gem. § 29 Abs. 2 Nr. 2 BDSG zum Zweck der Werbung zulässig, wenn es sich um listenmäßig oder sonst zusammengefasste Daten nach § 28 Abs. 3 Nr. 3 handelte, § 29 Abs. 2 Nr. 1b BDSG. Solche listenmäßig oder sonst zusammengefassten Daten waren gem. § 28 Abs. 3 Nr. 3 BDSG Angaben über die Zugehörigkeit des Betroffenen zu einer bestimmten Personengruppe, Berufs-, Branchen- oder Geschäftsbezeichnung, Name, Titel, akademische Grade, Anschrift und Geburtsjahr, § 28 Abs. 3 Nr. 3a-g BDSG.

#### 2. Neue Rechtslage

Diese Rechtslage ist durch die BDSG-Novelle II geändert worden. Die für die Verwendung personenbezogener Daten zum Zweck der Werbung maßgeblichen Regelungen finden sich nun in dem geänderten § 28 Abs. 3 BDSG.

Dieser sieht für die Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten für Zweck der Werbung grundsätzlich das Erfordernis der Einwilligung des Betroffenen vor, § 28 Abs. 3 Satz 1 BDSG. Daneben ist in drei weiteren Fällen auch ohne Einwilligung des Betroffenen die Verarbeitung oder Nutzung seiner personenbezogenen Daten für Werbezwecke zulässig. Bei diesen Daten muss es sich zunächst um listenmäßig oder sonst zusammengefasste Daten über Angehörige einer Personengruppe handeln, die sich auf die Zugehörigkeit des Betroffenen zu dieser Personengruppe, seine Berufs-, Branchen- oder Geschäftsbezeichnung, seinen Namen, Titel, akademischen Grad, seine Anschrift und sein Geburtsjahr beschränken. Dies sind die Daten, die auch bislang unter das Listenprivileg des § 29 Abs. 2 Nr. 2 i.V.m. § 28 Abs. 3 Nr. 3 BDSG fielen.

Eine weitere Beschränkung der Verwendung dieser Daten resultiert daraus, dass die solchermaßen listenmäßig oder sonst zusammengefassten Daten („Listendaten“) nur in folgenden drei Fällen zu Werbezwecken verwendet werden dürfen:

- Eigenwerbung
- Werbung im Hinblick auf die berufliche Tätigkeit des Betroffenen
- Spendenwerbung

##### a) Verwendung für Eigenwerbung

Die Verarbeitung oder Nutzung der Listendaten ist zunächst zulässig für Eigenwerbung der verantwortlichen Stelle. Voraussetzung ist, dass sie diese mit Ausnahme der Daten zur Gruppenzugehörigkeit beim Betroffenen für die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses **selbst erhoben** oder alternativ aus allgemein zugänglichen Adress-, Rufnummern-, Branchen- oder vergleichbaren Verzeichnissen entnommen hat, § 28 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BDSG.

\* Die Autorin ist Associate Partner und Leiterin des IT-Kompetenzcenters bei Rödl & Partner in Nürnberg.

Die verantwortliche Stelle kann zwar auf die Erhebung einzelner der Listendaten, bspw. die Berufsbezeichnung, verzichten. In diesem Fall darf sie die „fehlenden“ Daten zu Werbezwecken nicht aus allgemein zugänglichen Quellen gem. § 28 Abs. 3 Satz 3 BDSG hinzuspeichern. Listendaten, die die verantwortliche Stelle zu Werbezwecken verwenden möchte, muss sie selbst beim Betroffenen erhoben haben.<sup>1</sup> Der Gesetzgeber begründet diese gesetzliche Erlaubnis damit, dass der Betroffene in diesem Fall die verantwortliche Stelle kennt und damit rechnen kann, dass sie ihm Werbung für weitere eigene Angebote zukommen lässt.<sup>2</sup>

### b) Werbung im Hinblick auf die berufliche Tätigkeit des Betroffenen

Daneben ist die Verarbeitung oder Nutzung der Listendaten für Werbezwecke zulässig, wenn sich die Werbung auf die berufliche Tätigkeit des Betroffenen beschränkt und die Werbung an seine berufliche Adresse gerichtet ist.

Nicht zulässig ist es, einem freiberuflich oder gewerblich Tätigen in seiner Eigenschaft als Privatperson Werbung an seine private Adresse zu senden und als Geschäftswerbung zu deklarieren.<sup>3</sup>

**Beraterhinweis:** In der Praxis ist deshalb darauf zu achten, dass zielgerichtete Werbung im Hinblick auf die berufliche Tätigkeit des Betroffenen ausschließlich an seine **Geschäftsadresse** versandt wird. ◀

Diese Beschränkung gilt jedoch nur in den Fällen, in denen die Listendaten aufgrund der Firmierung oder geringen Größe des Unternehmens einer bestimmten oder bestimmbar Person zuordenbar sind und es sich nach § 3 Abs. 1 BDSG um personenbezogene Daten handelt. Sie gilt nicht für geschäftliche Werbung, die sich an Unternehmen richtet, die nicht einer bestimmten oder bestimmbar Person zugeordnet werden können.<sup>4</sup>

### c) Spendenwerbung

Schließlich ist die Verarbeitung oder Nutzung der Listendaten zulässig, wenn sie zum Zweck der Werbung für Spenden, die nach § 10b Abs. 1 und § 34g EStG steuerbegünstigt sind, genutzt werden. Hierzu zählen gemeinnützige, mildtätige und kirchliche Zwecke nach den §§ 52 bis 54 AO.<sup>5</sup>

### 3. Fremdwerbung

Nach § 28 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BDSG darf die verantwortliche Stelle dem Betroffenen neben der Werbung für eigene Angebote auch Fremdwerbung zukommen lassen. Voraussetzung hierfür ist, dass die verantwortliche Stelle die Daten, die sie für die Fremdwerbung nutzen möchte, **selbst erhoben** hat mit dem Ziel der Begründung, Durchführung oder Beendigung eines rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses beim Betroffenen. Nach der Gesetzesbegründung bildet § 28 Abs. 3 Satz 4 BDSG keine eigene Erhebungs- oder Übermittlungsbefugnis.<sup>6</sup>

Zudem muss die verantwortliche Stelle, die neben der Eigen- auch Fremdwerbung an den Betroffenen richtet, als

solche **erkennbar** bleiben. Dies ist im Hinblick auf das Widerspruchsrecht des Betroffenen nach § 28 Abs. 4 Satz 1 BDSG (dazu gleich unter Ziff. 7) erforderlich.

Der Gesetzgeber begründet diese gesetzliche Erlaubnis der Fremdwerbung mit der Bedeutung der sog. **Beipackwerbung**, also dem Hinzufügen von fremder Werbung zu eigener Kommunikation oder Werbung für eigene Angebote, insbesondere im Unternehmensverbund und in Konzernen. Sie soll zudem zu einer Erleichterung und Entlastung für spezialisierte kleinere und mittlere Unternehmen führen.<sup>7</sup>

Die Erlaubnis ist nicht auf Beipackwerbung begrenzt, sondern umfasst auch die **Empfehlungswerbung**, bei der ein Unternehmen die Listendaten im Interesse eines Drittunternehmens nutzt, indem es seinen Kunden im Werbeanschreiben ein Angebot des Drittunternehmens empfiehlt.<sup>8</sup> Zu beachten ist, dass auf der Grundlage des § 28 Abs. 3 Satz 5 BDSG lediglich die Nutzung der eigenen Listendaten zur Fremdwerbung zugelassen wird, jedoch nicht deren Weitergabe an Drittunternehmen zum Zweck eigener Werbung.

### 4. Hinzuspeichern von Daten

Um Werbung zielgerichteter auf Kunden ausrichten zu können, bietet es sich für Unternehmen an, weitere Informationen über Bedürfnisse und Anforderungen des Kunden zu den Listendaten hinzu zu speichern.

§ 28 Abs. 3 Satz 3 BDSG erlaubt ein solches Hinzuspeichern mit einer wesentlichen Einschränkung: Die hinzu zu speichernden Daten müssen **rechtmäßig erhoben** oder der verantwortlichen Stelle rechtmäßig übermittelt worden sein. § 28 Abs. 3 Satz 3 BDSG begründet keine eigene Erhebungs- oder Übermittlungsbefugnis.<sup>9</sup> Er bietet lediglich eine **Kombinationsbefugnis**, die es der verantwortlichen Stelle ermöglicht, die rechtmäßig erhobenen Listendaten mit ebenfalls rechtmäßig erhobenen weiteren Daten zu kombinieren und auf dieser Basis gezielt zu werben. Die Erhebung jedes der beiden Datenbestände muss sich auf andere, rechtmäßige Erhebungs- oder Übermittlungsbefugnisse stützen.

Unklar ist, ob die solchermaßen angereicherten Listendaten an Drittunternehmen oder innerhalb eines Konzerns weitergegeben werden dürfen.<sup>10</sup> Hiergegen spricht der Wortlaut des § 28 Abs. 3 Satz 3 BDSG, der sich ausschließlich auf Abs. 3 Satz 2 Nr. 1, also die Eigenwerbung der verantwortlichen Stelle, bezieht. Andererseits wird vertreten, dass bei strenger Beachtung des Transparenzgebots das Kombinieren verschiedener Datensätze zulässig sein soll, da hiermit auch dem Widerspruchsrecht des Betroffenen Genüge getan wird.<sup>11</sup>

1 BT-Drucks. 16/12011 v. 18.2.2009, 27.

2 BT-Drucks. 16/12011 v. 18.2.2009, 27.

3 BT-Drucks. 16/12011 v. 18.2.2009, 27.

4 BT-Drucks. 16/12011 v. 18.2.2009, 27.

5 BT-Drucks. 16/12011 v. 18.2.2009, 28.

6 BT-Drucks. 16/12011 v. 18.2.2009, 29.

7 BT-Drucks. 16/12011 v. 18.2.2009, 29.

8 BT-Drucks. 16/13657 v. 1.7.2009, 19.

9 BT-Drucks. 16/12011 v. 18.2.2009, 28.

10 *Plath/Frey*, CR 2009, 613.

11 *Plath/Frey*, CR 2009, 613.

**Beraterhinweis:** Um auf der sicheren Seite zu sein, müsste jedenfalls, was die Weitergabe von Kombinationsdaten anbetrifft, eine Einwilligung des Betroffenen eingeholt werden. <

### 5. Konzernprivileg/Übermittlungsprivileg

Innerhalb von Unternehmensverbänden oder Konzernen ist es in der Praxis vielfach anzutreffen, dass die personenbezogenen Daten, die eine Gesellschaft bei einem Betroffenen erhoben hat, zum Zweck der Werbung an andere Konzerngesellschaften weitergegeben werden. Häufig werden einheitliche Konzern- oder Unternehmensdatenbanken eingesetzt, in denen die Listendaten gespeichert werden und von allen Konzerngesellschaften abgerufen werden können. Sowohl bei der Weitergabe als auch bei der Speicherung und Bereitstellung dieser Listendaten in einer einheitlichen Konzerndatenbank, bspw. einem konzernweiten CRM-System, handelt es sich um eine Übermittlung i.S.d. § 3 Abs. 4 Nr. 3 BDSG, für die es einer gesetzlichen oder sonstigen Erlaubnis bedarf, § 4 Abs. 1 BDSG; andernfalls ist eine Einwilligung der Betroffenen erforderlich, §§ 4 Abs. 1, 28 Abs. 3 Satz 1 BDSG.

Eine solche Übermittlungsbefugnis normiert § 28 Abs. 3 Satz 4 BDSG. Voraussetzung ist, dass die Übermittlung nach Maßgabe des § 34 Abs. 1a Satz 1 BDSG gespeichert wird und aus der Werbung des Drittunternehmens, dem die Listendaten übermittelt wurden, eindeutig hervorgeht, welches Unternehmen diese Listendaten erstmalig erhoben hat. Zudem muss die verantwortliche Stelle die Herkunft der Daten und das Drittunternehmen und umgekehrt das Drittunternehmen die Herkunft der Daten und die verantwortliche Stelle für die Dauer von zwei Jahren nach dem Übermittlungsvorgang speichern, damit sie den Betroffenen insoweit Auskunft erteilen können, § 34 Abs. 1a BDSG.

Aufgrund dieser Vorschrift bleibt damit auch künftig der Handel mit Daten, also der Adresshandel zulässig, wenn und soweit die vorgenannten Voraussetzungen erfüllt werden.<sup>12</sup>

### 6. Zwischenergebnis

Ohne Einwilligung dürfen Unternehmen Listendaten zur Werbung nach § 28 Abs. 3 BDSG in folgenden Fällen verarbeiten oder nutzen:

- Es handelt sich um Eigenwerbung und die Daten wurden selbst beim Betroffenen erhoben. Eine Kombination aus selbst erhobenen Listendaten und Daten, die allgemein zugänglichen Quellen entnommen werden, ist unzulässig.
- Sodann darf das Unternehmen die Listendaten mit weiteren Daten anreichern, um die Eigenwerbung gezielter auf seine Kunden abstimmen zu können. § 28 Abs. 3 Satz 3 BDSG stellt insoweit eine Kombinationsbefugnis dar, keine Ermächtigungsbefugnis zur Erhebung der weiteren Daten.

- Darüber hinaus darf das Unternehmen der Eigenwerbung Beipack- oder Empfehlungswerbung für Drittunternehmen gem. § 28 Abs. 3 Satz 5 BDSG beifügen oder die Listendaten an Drittunternehmen ohne Einwilligung des Betroffenen weitergeben, wenn und soweit die Weitergabe sich auf selbst erhobenen Listendaten beschränkt, § 28 Abs. 3 Satz 4 BDSG.
- Schließlich ist nach § 28 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 und 3 BDSG die Nutzung der Listendaten zum Zweck der beruflichen und der Spendenwerbung zulässig.

Sämtliche vorgenannten zugelassenen Arten der Verarbeitung und Nutzung von Listendaten stehen jedoch wie bisher unter dem Vorbehalt, dass schutzwürdige Interessen des Betroffenen nicht entgegenstehen.

Unklar ist die Rechtslage hinsichtlich der Weitergabe von Kombinationsdatensätzen an Drittunternehmen oder innerhalb eines Unternehmensverbands oder Konzerns. Diese ist in § 28 Abs. 3 Satz 3 und Satz 4 BDSG nicht ausdrücklich erwähnt. Der Wortlaut des § 28 Abs. 3 Satz 3 BDSG lässt explizit nur das „Hinzuspeichern“, nicht jedoch das „Hinzübermitteln“ zu. Sollen also Kombinationsdatensätze an Drittunternehmen oder innerhalb eines Unternehmensverbands oder Konzerns weitergegeben werden, empfiehlt sich angesichts der unklaren Rechtslage, die dahingehende Einwilligung des Betroffenen einzuholen.

### 7. Neu: Erweitertes Widerspruchsrecht

Neu ist, dass Unternehmen Betroffene bereits bei der erstmaligen Erhebung von Daten zur Begründung und Durchführung eines rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses auf ihr Recht zum Widerspruch gegen die werbliche Verarbeitung und Nutzung hinweisen müssen, § 28 Abs. 4 Satz 2 BDSG. Die **Unterrichtungspflicht** und damit die Widerspruchsmöglichkeit des Betroffenen wird im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage auf einen Zeitpunkt vorverlagert, zu dem es noch nicht zu einer ersten Verarbeitung oder Nutzung der Listendaten gekommen ist.

### 8. Kombination Online-/Offlinewerbung

Noch unübersichtlicher gestaltet sich die Situation für Unternehmen, wenn personenbezogene Daten nicht nur zur Offline-, sondern auch für Onlinewerbung verarbeitet oder genutzt werden sollen bzw. die Erhebung online im Rahmen eines Telemediendienstes nach § 1 TMG erfolgt.

Aus Kostengründen ziehen viele Unternehmen Onlinewerbung, insbesondere elektronische Newsletter oder E-Mail-Werbung, der Print-Werbung vor. Als Kontaktdaten wird in diesen Fällen die E-Mail-Adresse des Betroffenen benötigt. Diese zählt jedoch nicht zu den Listendaten gem. § 28 Abs. 3 BDSG, denn dort wird sie ebenso wenig aufgeführt wie die Fax- oder Telefonnummer (zusammen „eDaten“).

Eine Verarbeitung oder Nutzung von **eDaten** zur Werbung ist deshalb auf der Grundlage dieser Vorschrift nicht zulässig. Die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Nutzung von eDaten richtet sich nach § 12 TMG, da es sich hierbei um einen Telemediendienst handelt. Ein

<sup>12</sup> Plath/Frey, CR 2009, 613.



Rückgriff auf § 28 BDSG ist nicht möglich.<sup>13</sup> Dies stellt Unternehmen in der praktischen Umsetzung vor einige auf den ersten Blick nicht erkennbare Herausforderungen.

Während sie Listendaten in den aufgeführten Konstellationen ohne Einwilligung der Betroffenen zu Werbezwecken verarbeiten oder nutzen dürfen, gilt dies für eDaten nicht. Das TMG sieht vergleichbare Verarbeitungs- oder Nutzungsbefugnisse nicht vor. Demzufolge müssen sie, wenn sie eDaten zu Werbezwecken verwenden oder an Drittunternehmen weitergeben möchten, die Einwilligung der Betroffenen einholen.

Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn man § 7 Abs. 3 UWG, der die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit der E-Mail-Werbung regelt, zugleich als datenschutzrechtliche Erlaubnisnorm i.S.d. § 12 Abs. 1 TMG ansehen würde. In diesem Fall dürfte die E-Mail-Adresse des Betroffenen auch ohne dessen Einwilligung zu eigenen Werbezwecken verwendet werden. Eine Weitergabe wäre damit hingegen noch nicht abgedeckt. Für diese Annahme spricht, dass § 7 Abs. 3 UWG konkret die Zulässigkeit der E-Mail-Werbung als solche regelt und zudem auf der Grundlage der Datenschutzrichtlinie für die elektronische Kommunikation eingeführt wurde.<sup>14</sup>

Folgt man dem nicht, dürfen eDaten nur mit besonderer Einwilligung der Betroffenen zu Werbezwecken genutzt werden. Bei kombinierter Nutzung von Listendaten und eDaten ist danach abzugrenzen, welche Daten bereits aufgrund gesetzlicher Erlaubnis weitergegeben dürfen und für welche (e)Daten in welchen Fällen eine Einwilligung eingeholt werden muss. Zudem darf auch bei der Erhebung von Listendaten nicht der Hinweis auf das Widerspruchsrecht des Betroffenen bereits bei erstmaliger Erhebung fehlen.

Eine solche **Einwilligungserklärung** in Kombination mit **Widerspruchsbelehrung** könnte wie folgt lauten:

#### **Muster**formulierung

Sie willigen ein, dass die nachfolgenden Daten – Vorname/Nachname, Anschrift, Branchenzugehörigkeit, Telefonnummer, Faxnummer und E-Mail-Adresse – zum Zweck der Werbung von der XY-GmbH (Anschrift) erhoben, verarbeitet und genutzt werden. Sie willigen weiter ein, dass diese Daten an nachfolgende zur XY-Gruppe gehörende Gesellschaften zum Zweck der Werbung übermittelt werden:

XY-GmbH 1 (Anschrift)

XY-GmbH 2 (Anschrift)

Sie haben das Recht, der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der vorgenannten Daten gegenüber der XY-GmbH (Anschrift) jederzeit zu widersprechen.

## 9. Anforderung an die Einwilligungserklärung

Neben der auch bislang zulässigen schriftlichen Einwilligung lässt § 28 Abs. 3a BDSG nun die elektronische Einwilligung zu. Voraussetzung ist, dass diese vom Betroffenen bewusst erklärt und protokolliert wird und der Betroffene den Inhalt jederzeit abrufen und die Einwilligung jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen kann, § 28 Abs. 3a Satz 1 BDSG.

§ 28 Abs. 3a Satz 2 BDSG sieht zudem vor, dass die Einwilligung auch mit anderen Erklärungen kombiniert werden kann, sofern sie drucktechnisch deutlich gestaltet und besonders hervorgehoben wird. Dies ließe den Schluss zu, dass die Einwilligungserklärung unter diesen Voraussetzungen auch in **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** enthalten sein kann.

Der Gesetzgeber weist in seiner Begründung jedoch darauf hin, dass die Einwilligung in den Fällen, in denen sie mit anderen Erklärungen erteilt wird, nur dann wirksam ist, wenn der Betroffene entweder durch Ankreuzen oder durch eine gesonderte Unterschrift oder ein anderes, ausschließlich auf die Einwilligung in die Weitergabe seiner Daten für Werbezwecke bezogenes Tun zweifelsfrei zum Ausdruck bringt, dass er die Einwilligung bewusst erteilt.<sup>15</sup>

**Beraterhinweis:** Angesichts dessen ist in der Praxis nicht zu empfehlen, Einwilligungserklärungen in Allgemeine Geschäftsbedingungen aufzunehmen. <

## 10. Fazit

Die BDSG-Novelle II gestaltet die Rechtslage hinsichtlich der Nutzung von personenbezogenen Daten zu Werbezwecken äußerst kompliziert. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass personenbezogene Daten vielfach sowohl offline- als auch online erhoben, zu Werbezwecken verarbeitet, genutzt und weitergegeben werden. Es wäre wünschenswert, die unterschiedlichen Datenschutzgesetze, insbesondere BDSG, TMG und TKG, insoweit aufeinander abzustimmen. Bis dahin verbleibt Unternehmen lediglich die Möglichkeit, sich entweder in der dargestellten Weise auf die Verarbeitung und Nutzung von Listendaten zu beschränken oder je nach Fallgestaltung umfangreiche Einwilligungserklärungen von den Kunden einzuholen.

<sup>13</sup> *Spindler/Nink* in *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, 1. Aufl. 2008, § 15 TMG Rz. 4, Fn. 9; *Hanloser*, DB 2009, 663; *Plath/Frey*, CR 2009, 613; *Redeker*, ITRB 2009, 204.

<sup>14</sup> *Köhler* in *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, 27. Aufl. 2009, § 7 Rz. 202; *Plath/Frey*, CR 2009, 613.

<sup>15</sup> BT-Drucks. 16/12011 v. 18.2.2009, 30.

## ■ Product Placement

### Zulässige Platzierung von Produkten nach dem neuen Rundfunkänderungsstaatsvertrag

von Niko Härting/Daniel Schätzle\*

*Von „Die Reifeprüfung“ über James Bond-Filme und die „Lindenstraße“ zur „Wok-WM“: Die Platzierung von Produkten ist in Film, Funk und Fernsehen seit Jahrzehnten Realität. Dies führte in der Vergangenheit immer wieder zur Frage der Abgrenzung unerlaubter Schleichwerbung von erlaubter oder geduldeter „Produktbeistellung“. Neue, liberalere Grenzen setzt die EU-Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (Richtlinie 2007/65/EG v. 11.12.2007), die durch den 13. Rundfunkänderungsstaatsvertrag umgesetzt wird, der am 30.10.2009 unterzeichnet wurde.*

#### I. Repressives Verbot mit Ausnahmevorbehalt

Unter der Platzierung von Produkten versteht man die gekennzeichnete Erwähnung oder Darstellung von Waren, Dienstleistungen, Namen, Marken und Tätigkeiten eines Herstellers von Waren oder eines Erbringers von Dienstleistungen in Sendungen gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung mit dem Ziel der Absatzförderung (§ 2 Abs. 2 Nr. 11 Satz 1 Rundfunkstaatsvertrag – RStV). Das bloße Einbeziehen einer Ware oder Dienstleistung ist nicht ausreichend. Entscheidend ist vielmehr das Kriterium einer **geldwerten Gegenleistung**. Wird ein Entgelt nicht geleistet, liegt nach § 2 Abs. 2 Nr. 11 Satz 2 RStV nur dann eine Platzierung vor, wenn es um Waren oder Dienstleistungen von bedeutendem Wert geht.

Ein derartiges Product Placement war bislang in Deutschland – als sog. Schleichwerbung – weitestgehend verboten. Grundsätzlich ändern wird sich daran auch zukünftig nichts (§ 7 Abs. 7 Satz 1 RStV). Allerdings gibt es jetzt in §§ 15 und 44 RStV eine Reihe von Ausnahmen für den öffentlich-rechtlichen und privaten Rundfunk. Diese Ausnahmen gelten gem. § 63 RStV für Sendungen, die **ab dem 19.12.2009 produziert** werden.

#### II. Zulässige Produktplatzierung

Hinsichtlich der Zulässigkeit von Product Placement bestehen Unterschiede zwischen öffentlich-rechtlichem und privatem Rundfunk. Im Gegensatz zum privaten Rundfunk wird beim öffentlich-rechtlichen Rundfunk zwischen Eigen- und Fremdproduktionen differenziert. Fremdproduktionen sind gem. § 15 Satz 1 Nr. 1 RStV solche, die nicht vom Veranstalter selbst oder von einem mit diesem verbundenen Unternehmen produziert oder in Auftrag gegeben wurden.

#### 1. Öffentlich-rechtlicher Rundfunk

##### a) Entgeltliches Product Placement

Im öffentlich-rechtlichen Rundfunk ist gem. § 15 Satz 1 Nr. 1 RStV entgeltliches Product Placement in eingekauften Fremdproduktionen **zulässig**, sofern es sich um

- Kinofilme,
- Filme und Serien,
- Sportsendungen,
- Sendungen der leichten Unterhaltung

handelt.

In § 15 Satz 2 RStV wird klargestellt, dass trotz unterhaltender Elemente Sendungen mit im Wesentlichen informierenden Charakter sowie Verbraucher- und Ratgeber-sendungen nicht zur leichten Unterhaltung gehören. Um dem besonderen Schutz von Kindern gerecht zu werden, sind auch Kindersendungen ausdrücklich ausgenommen.

Was ist „leichte“ Unterhaltung? Woran lässt sich eine „Kindersendung“ erkennen? Den Bedeutungsgehalt der einzelnen Produktionsarten zu erfassen, dürfte Schwierigkeiten bereiten, zumal die EU-Richtlinie wenig Greifbares bietet und in ihrer Terminologie nicht immer konsistent ist (*Kassai/Kogler*, K&R 2008, 717 [719]).

##### b) Unentgeltliches Product Placement

Unentgeltliches Product Placement bezeichnet insbesondere die Fälle, in denen statt einer Geldzahlung sonstige Vergünstigungen gewährt werden (**Produktionshilfen**). Dies kann etwa der Fall sein, wenn ein Automobilhersteller sein neuestes Modell für spektakuläre Stunts zur Verfügung stellt. Unentgeltliches Product Placement ist nach § 15 Satz 1 Nr. 2 RStV **verboten**, sofern es sich um

- Nachrichten,
- Sendungen zum politischen Zeitgeschehen,
- Ratgeber- und Verbrauchersendungen,
- Kindersendungen,
- die Übertragung von Gottesdiensten

handelt.

#### 2. Privater Rundfunk

Für den privaten Rundfunk gilt eine deutlich weitergehende Privilegierung, da es in § 44 RStV keine Unterscheidung zwischen Eigen- und Fremdproduktionen gibt. Product Placement ist im Privatfernsehen und im privaten Radio somit jetzt auch bei selbst produzierter „leichter Unterhaltung“ erlaubt. Auch Eigenproduktionen dürfen mit Einnahmen aus Product Placement finanziert werden.

\* Niko Härting ist Rechtsanwalt, Daniel Schätzle ist wissenschaftlicher Mitarbeiter bei HÄRTING Rechtsanwälte in Berlin.



### 3. Allgemeine Anforderungen

#### a) Besondere Werbegrundsätze

Sollte einer der Ausnahmetatbestände der §§ 15 und 44 RStV greifen, müssen zusätzlich drei weitere Anforderungen erfüllt sein. Diese in § 7 Abs. 7 Satz 2 Nr. 1 bis 3 RStV festgelegten Anforderungen sind eine weitergehende Ausprägung des **lauterkeitsrechtlichen Trennungsgebots** (§§ 3, 4 Nr. 3 UWG), wonach Werbung und redaktioneller Inhalt zu trennen sind. Demnach dürfen Produktplatzierungen

- die redaktionelle Verantwortung und Unabhängigkeit hinsichtlich Inhalt und Sendeplatz nicht beeinflussen (Nr. 1) – dies dürfte indes schwer nachweisbar sein;
- nicht unmittelbar zu Kauf, Miete oder Pacht von Waren oder Dienstleistungen auffordern (Nr. 2) und
- das Produkt nicht zu stark herausstellen (Nr. 3).

Folgende Streitfragen können sich ergeben: Ist die Aufforderung, ein Buch oder eine CD zu kaufen, ein Fall des § 7 Abs. 7 Satz 2 Nr. 2 RStV? Wann ist eine aufdringliche Produktpräsentation eine – nicht nur mittelbare – Aufforderung zum Kauf? Nach welchem Maßstab richtet es sich, ob die Herausstellung eines Produkts zu stark ist?

#### b) Allgemeine Werbegrundsätze

Auch beim Product Placement müssen die Bestimmungen des RStV beachtet werden, die für alle Formen der Werbung gelten. Dazu gehören etwa das Diskriminierungsverbot (§ 7 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 RStV) sowie das Verbot der Irreführung oder Schädigung von Verbraucherinteressen (§ 7 Abs. 1 Nr. 3 RStV).

### III. Hinweis- und Kennzeichnungspflichten

Neben die Zulässigkeitsvoraussetzungen für erlaubtes Product Placement treten umfassende Hinweis- und Kennzeichnungspflichten. Nach § 7 Abs. 7 Satz 3 und 4 RStV ist auf eine Produktplatzierung eindeutig hinzuweisen. Dies bedeutet, dass zu Beginn und zum Ende einer Sendung sowie nach jeder Werbeunterbrechung eine „angemessene Kennzeichnung“ zu erfolgen hat. Damit entfällt die Verpflichtung zur Bezeichnung einer Sendung als „Dauerwerbesendung“.

Sofern nicht mit zumutbarem Aufwand festgestellt werden kann, ob bei **Fremdproduktionen** Product Placement durchgeführt wurde, entfällt gem. § 7 Abs. 7 Satz 5 RStV die Kennzeichnungspflicht. Über die Vorgaben der EU-Richtlinie hinaus haben sich die Länder jedoch entschieden, dass auf diesen Umstand hinzuweisen ist. Dies wird vom öffentlich-rechtlichen wie auch vom privaten Rundfunk als praxisfremd kritisiert. Dennoch muss im Zweifel eine Kennzeichnung erfolgen, auch wenn vielleicht tatsächlich keine Produkte platziert wurden. Die Kennzeichnungspflicht ist allerdings nach § 7 Abs. 7 Satz 5 RStV **nicht bußgeldbewehrt**.

### IV. Abgrenzung gegenüber Schleichwerbung

Häufig wird der Begriff des Product Placement als Synonym für Schleichwerbung verwendet. Doch gerade die neuen Bestimmungen zur Zulässigkeit von Produktplat-

zierung machen eine Abgrenzung erforderlich, denn Schleichwerbung ist wegen Verstoßes gegen den Trennungsgrundsatz immer unzulässig (vgl. § 7 Abs. 7 Satz 1 RStV). Kurz gesagt, ist Schleichwerbung Product Placement **zzgl. Irreführung** der Allgemeinheit über den Werbezweck (vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 8 RStV).

Von Schleichwerbung kann nicht die Rede sein, wenn Werbung für den Zuschauer ohne weiteres als Werbebotschaft erkennbar ist (a.A. VG Berlin, Urt. v. 11.12.2008 – 27 A 132.08; OVG Koblenz, Urt. v. 17.12.2008 – 2 A 10327/08, WRP 2009, 467 [471 f.]; krit. *Hain*, K&R 2008, 661 [664 f.]). Mit den Kennzeichnungspflichten nach § 7 Abs. 7 Satz 3 bis 5 RStV sind alle wesentlichen Fälle erfasst, in denen der Vorwurf der Schleichwerbung gegen Product Placement erhoben werden kann. Wenn somit eine Kennzeichnung nach § 7 Abs. 7 Satz 3 bis 5 RStV erfolgt, ist Product Placement unter dem Gesichtspunkt der Schleichwerbung nicht angreifbar.

### V. Telemedien

Für Anbieter von Telemedien gilt das Telemediengesetz (TMG). Dort wird in § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG die Verpflichtung zur Erkennbarkeit von kommerzieller Kommunikation – also insbesondere Werbung – geregelt. Im VI. Abschnitt des RStV finden sich ergänzende Regelungen zu den Telemedien. Für **audiovisuelle Mediendienste auf Abruf** ordnet § 58 Abs. 3 RStV die entsprechende Anwendung der Regelungen über die Zulässigkeit von Product Placement an. Dabei wird keine trennscharfe Unterscheidung zwischen dem herkömmlichen Fernsehen und fernsehähnlichen Mediendiensten getroffen.

### VI. Wettbewerbsrecht

Die Zulässigkeit von Product Placement wird in der Vergangenheit wie auch in Zukunft in erster Linie nach den Maßstäben des RStV bewertet. Product Placement kann daneben allerdings von § 4 Nr. 11 UWG erfasst sein, sofern Wettbewerbshandlungen betroffen sind (*Schulze zur Wiesche* in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 4 UWG Rz. 50). Darüber hinaus ist es gem. § 4 Nr. 3 UWG verboten, den Werbecharakter von geschäftlichen Handlungen zu verschleiern. Zudem gilt seit der UWG-Novelle 2008 die **Nr. 11 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG**, wonach als Information getarnte Werbung, die von einem Unternehmer finanziert wurde, stets verboten ist.

Damit wird das Trennungsgebot und damit einhergehend das Verbot von Schleichwerbung konstatiert. Beides findet sich in für den Rundfunk ausgestalteter Form in § 7 RStV wieder. Das UWG findet daneben ergänzend Anwendung (*Köhler* in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG § 4 Rz. 3.7). Wenn indes die Kennzeichnungspflichten nach § 7 Abs. 7 Satz 3 bis 5 RStV eingehalten werden, wird sich der Vorwurf der Schleichwerbung (auch) wettbewerbsrechtlich nicht erheben lassen. § 7 Abs. 7 Satz 3 bis 5 RStV setzt Maßstäbe, die auch für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung zu beachten sind.

## VII. Ausblick

Einnahmen aus der Werbung sind für private Rundfunkanbieter ein wesentliches Finanzierungsinstrument. Aber auch der öffentlich-rechtliche Rundfunk kann auf Werbeeinnahmen nicht verzichten. Damit bildet die Werbung eine wichtige Grundlage des deutschen Rundfunks und dessen Wettbewerbsfähigkeit im europäischen und weltweiten Vergleich. Gleichzeitig gilt es, das Publikum vor den Gefahren einer Werbeflut zu schützen. Die durch

die Neuregelungen vollzogene – vorsichtige – Liberalisierung führt zu einem insgesamt angemessenen Interessenausgleich. Ob es zu einer von kritischen Stimmen befürchteten weiteren „Kommerzialisierung“ bei gleichzeitiger Überflutung mit Hinweisen und Kennzeichnungen kommt, bleibt abzuwarten. Die nicht immer trennscharfen Formulierungen der neuen Bestimmungen lassen zudem Diskussionen über die Feinjustierung der neuen, gelockerten Grenzen erwarten.

## Hinweise zum Verfahren

### ■ Quellenschutz der Presse vs. Auskunftsanspruch im Verfügungsverfahren

Wer verkaufte Robert Redfords Hochzeitsfotos an die „BILD“ und wie viel kassierte er dafür? – LG Köln, Beschl. v. 14.8.2009 – 28 O 535/09

von Prof. Dr. Ralf Höcker, LL.M. (IP, London)\*

*Das LG Köln verpflichtete „BILD“ mit einstweiliger Verfügung vom 14.8.2009 durch Beschluss ohne mündliche Verhandlung dazu, Auskunft über Quelle, Menge und Preise urheberrechtsverletzender Fotos der Hochzeit von Robert Redford zu erteilen. Der Fall zeigt, welche Möglichkeiten die Durchsetzungsrichtlinie auch im Schutzbereich der Pressefreiheit (Quellenschutz) bietet.*

#### 1. Ausgangssituation

Der Schauspieler Robert Redford heiratete 2009 in Hamburg seine Lebensgefährtin. Nur 10 Gäste waren geladen und wurden Zeugen der Trauung, denn das Paar wollte nicht, dass die Hochzeitspläne bekannt werden oder Bilder an die Presse gelangen.

Dennoch erschienen in BILD und später auch in anderen Medien Fotos der Hochzeit, die nur von einem der zehn Gäste gemacht worden sein konnten. Den Redfords stellte sich die Frage, die jedem Agatha-Christie-Krimi zur Ehre gereicht hätte: **Wer war der „Verräter“?**

Der Fotograf der Bilder war schnell ermittelt. Er versicherte glaubhaft, dass er die Fotos nicht an BILD, wohl aber per E-Mail an andere Hochzeitsgäste sowie Freunde und Verwandte weitergeleitet hatte. Der Kreis der Verdächtigen vergrößerte sich.

Es bestand die Gefahr, dass der Unbekannte die Bilder weiteren Medien anbieten würde, so dass seine Identität rasch ermittelt werden musste. Abmahnungen durch die Eheleute Redford und den bereitwillig kooperierenden Fotografen veranlassten die späteren Antragsgegner Axel Springer AG (Printausgabe) und BILD digital GmbH &

Co. KG (Online-Ausgabe) nur zur Abgabe einer Unterlassungserklärung gegenüber den Redfords, nicht aber gegenüber dem Fotografen. Auskunftsansprüche erkannten sie gar nicht an.

Gestützt auf die Verletzung der Bildrechte nach dem UrhG erließ das LG Köln schließlich eine einstweilige Verfügung auf Unterlassung und umfassende Auskunft über die Herkunft und den Vertriebsweg der Bilder durch Vorlage eines vollständigen Verzeichnisses u.a. über Namen und Anschrift aller Lieferanten und gewerblichen Abnehmer sowie die Menge und Preise der Bilder.

Im Hinblick auf den Auskunftsanspruch hatten sich den Eheleuten Redford zuvor die nachfolgend behandelten Fragen gestellt:

- Kann die Presse zur Auskunft über Informanten verpflichtet werden (Quellenschutz)?
- Wenn ja, in welchem Umfang?
- War eine Geltendmachung im Verfügungsverfahren möglich?
- Unterscheiden sich die Auskunftsansprüche des Fotografen und der Eheleute Redford?

#### 2. Ansprüche der Eheleute Redford

Es sollen zunächst etwaige **Auskunftsansprüche** des Hochzeitspaares dargestellt werden.

##### a) Verletzung des Rechts am eigenen Bild

Erste Voraussetzung für einen eigenen Auskunftsanspruch der Redfords war eine Verletzung des Rechts am eigenen Bild (§§ 22, 23 KUG).

Der Fall weist **Parallelen** zu den Verfahren um die **Hochzeit von Günther Jauch** auf. Die Verbreitung eines Fotos seiner Frau vor der Trauung in einem privaten Moment in örtlicher Abgeschiedenheit hinter Absperrungen war nach zutreffender Auffassung des **OLG Köln** unzulässig (OLG Köln, Urt. v. 10.3.2009 – 15 U 163/08,

\* Der Autor war im Verfahren auf Antragstellerseite tätig. Er ist Partner von HÖCKER Rechtsanwälte, Köln ([www.hoecker.eu](http://www.hoecker.eu)), Professor für Deutsches und Internationales Marken- und Medienrecht an der Cologne Business School (CBS) und wissenschaftlicher Direktor des Deutschen Instituts für Kommunikation und Recht im Internet an der CBS.

ZUM 2009, 486). Das Gericht bejahte eine besonders schwere Persönlichkeitsrechtsverletzung und sprach der Klägerin eine Geldentschädigung zu.

Das **OLG Hamburg** dagegen hielt die Bildberichterstattung gem. § 23 KUG für zulässig (OLG Hamburg, Urt. v. 21.10.2008 – 7 U 11/08, ZUM 2009, 65). Es betonte zwar, dass Jauchs Ehefrau sich

hinsichtlich des ungestörten Ablaufs ihrer Hochzeitsfeierlichkeiten in einem hierfür eigens geschaffenen Raum im Grundsatz auf den Schutz ihrer Privatsphäre berufen (könne).

Dieser Schutz vermöge

das öffentliche Interesse an einer Kenntnis von Aufnahmen der von der Beklagten veröffentlichten Art, die die Klägerin auf ihrer Hochzeitsfeier zeigen, aber nicht zu überwiegen.

Das OLG Hamburg meinte, die Braut habe nicht darauf vertrauen können, nicht fotografiert zu werden. Denn es sei die **Regel**, dass auf Hochzeiten fotografiert wird. Außerdem habe sie gerade wegen des durch die Absperrungen erregten **Aufsehens** damit rechnen müssen, dass Neugierige über diese hinweg fotografieren. Ergänzend verwies das Gericht auf die **überragende Bekanntheit** Günther Jauchs und auf seine **Leitbildfunktion**. Es bestehe ein Interesse daran, zu wissen, ob Prominente ihre öffentlich repräsentierten Werte auch wirklich „leben“.

Die Auffassung des OLG Hamburg ist abzulehnen, der Ansicht des OLG Köln ist zu folgen. Höchstpersönliche, zumal dem **Schutz des Art. 6 GG unterfallende Ereignisse** wie die Eheschließung werden wegen der Prominenz eines Partners nicht zu einer so öffentlichen Angelegenheit, dass sogar die Rechte des anderen Partners hintan stehen müssen. Den **Verlust der Privatsphäre** damit zu begründen, dass man sie durch Absperrungen gerade zu schützen versucht, ist widersinnig. Auch kann es keine Rolle spielen, ob „in der Regel“ auf Hochzeiten fotografiert wird. Wenn ein Paar von dieser Regel abweichen will, ist dies sein gutes Recht. „Öffentlich repräsentierte Werte“ schließlich, die ein Bräutigam durch seine Hochzeit missachtet, wären präzise zu benennen, wenn sie eine Einschränkung seiner Privatsphäre und erst recht der Privatsphäre seiner Frau begründen sollen.

Die Redford-Hochzeit fand **privatissime** in kleinstem Rahmen statt. Die Fotos wurden nicht über Absperrungen hinweg in einem einseharen Bereich gemacht, sondern stammten großenteils aus **dem inneren Bereich einer geschlossenen Veranstaltung**. „Öffentlich repräsentierte Werte“ wurden durch die Zeremonie nicht missachtet. Die Verletzung des Rechts am eigenen Bild war offensichtlich.

### b) Auskunftsanspruch der Redfords

Ein Auskunftsanspruch konnte sich jedoch nur unter den **weiteren Voraussetzungen des § 242 BGB** ergeben. Der Anspruch dient der Vorbereitung eines bezifferten Schadensersatz-, Schmerzensgeld- oder Bereicherungsanspruchs gegen den auskunftsverpflichteten Verletzer.

Die Zahlungsansprüche gegen BILD ließen sich auch ohne Kenntnis des Namens und der Anschrift des unbekannteten Foto-Lieferanten berechnen. Hierzu benötigte man nur die An- und Verkaufspreise sowie die Mengen der verkauften Bilder.

Auskunft über Namen und Anschrift des Lieferanten konnte auch nicht mit der Begründung begehrt werden, dass nur so der Vertriebsweg aufgedeckt und gegen den Lieferanten vorgegangen werden kann. Denn § 242 BGB gewährt keinen allgemeinen Anspruch auf Auskunftserteilung zum Zwecke des Vorgehens gegen Dritte (BGH v. 19.3.1987 – I ZR 98/85, MDR 1987, 993 = GRUR 1987, 647). Die **ausforschende Aufdeckung des Vertriebswegs** kann aus § 242 BGB nicht verlangt werden. Dies ist eine große praktische Schwäche dieses Anspruchs und der wesentliche Unterschied zu den spezialgesetzlich geregelten Auskunftsansprüchen im Bereich des geistigen Eigentums, die auch die Aufdeckung der Vertriebskette zum Ziel haben.

Zudem hätte einer Geltendmachung des Anspruchs im Verfügungsverfahren möglicherweise der Grundsatz der **Vorwegnahme der Hauptsache** entgegen gestanden, die nur in Ausnahmefällen zulässig ist.

Die Erfolgsaussichten eines Verfügungsantrags auf Auskunft wegen der Verletzung des Rechts am eigenen Bild der Eheleute Redford waren also unsicher.

Anders sah es hinsichtlich der verletzten Bildrechte aus.

### 3. Verletzung der Bildrechte

Das LG Köln erließ eine Unterlassungsverfügung wegen der Verletzung der Rechte an den Lichtbildern (§ 72 UrhG). Denn mit der Weiterleitung an Hochzeitsgäste und Freunde hatte der Fotograf **keine Einwilligung** in die Verbreitung durch die Presse erteilt.

### 4. Auskunftsanspruch

Doch das LG Köln hatte auch zu entscheiden, ob die Presse im Lichte von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG zur Auskunft über Informanten verpflichtet sein kann, zumal im Verfügungsverfahren. Es bejahte die Frage.

#### a) Voraussetzungen

Inhabern von Rechten nach dem UrhG steht mit **§ 101 Abs. 1 UrhG** ein selbständiger, verschuldensunabhängiger und nicht akzessorischer **Anspruch auf Drittauskunft** zu.

Gegenüber Verletzern besteht der Anspruch, wenn sie in gewerblichem Ausmaß handeln. Der Verletzte kann von ihnen Auskunft über Herkunft und Vertriebsweg der Vielfältigungsstücke verlangen. Das **gewerbliche Ausmaß** kann sich gem. § 101 Abs. 1 Satz 2 UrhG aus der **Anzahl** und der **Schwere der Rechtsverletzungen** ergeben.

Folgende Umstände sprachen für ein gewerbliches Ausmaß:

- die hohe Zahl von Rechtsverletzungen als Folge der hohen Auflage der BILD-Zeitung bzw. der Besucherzahlen der Internetseite [www.bild.de](http://www.bild.de),
- das Bezwecken einer Auflagensteigerung bzw. einer erhöhten Webseiten-Besucherzahl,
- die Weitergabe der Bilder an andere Medien,
- der prominente Abdruck als Aufmacher auf dem Titel der BILD und auf der Eingangsseite von [www.bild.de](http://www.bild.de).



Zu berücksichtigen war jedoch ein **Korrektiv**, das zu Gunsten des Verlages stritt und den Fall Redford unter den bisher veröffentlichten Entscheidungen zu § 101 Abs. 1 UrhG n.F. zu einem Besonderen macht:

Das BVerfG stellte 1999 fest, dass die von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geschützte Vertraulichkeit zwischen der Presse und ihren Informanten sich nicht nur auf die Wort-, sondern auch auf die **Bildberichterstattung** erstreckt, also auch auf die Herkunft urheberrechtsverletzender Fotos. Einfallstor des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ist das **Verhältnismäßigkeitsgebot des § 101 Abs. 4 UrhG** (BVerfG, Beschl. v. 28.5.1999 – 1 BvR 77/99, NJW 1999, 2880).

Insoweit sprachen folgende Erwägungen gegen die BILD:

- Die Auskunftserteilung war problemlos und ohne finanziellen Aufwand möglich.
- Die Berichterstattung stellte keinen investigativen Journalismus dar, der besonders auf Quellenschutz angewiesen ist, sondern reinen „Klatsch und Tratsch“, der die Persönlichkeitsrechte der abgebildeten Personen verletzte.
- Die rechtswidrige Beschaffung von Bildern ist nie privilegiert. Der Auskunftsanspruch betraf aber gerade die näheren Umstände der Beschaffung. Er zielte also gerade darauf ab, das nicht unmittelbar privilegierte Verhältnis zwischen dem Lieferanten und den Antragsgegnern aufzuklären.
- Hohes Aufklärungsinteresse: Medien auf der ganzen Welt konnten Interesse am Erwerb der Bilder haben. Der Lieferant war nach wie vor im Besitz der Fotos. Es drohte also weiterer Schaden.

Den mangelnden berechtigten Interessen der Antragsgegner stand also ein hohes Interesse an der Aufklärung des Falles und einer Unterbindung der weiteren Verbreitung der Bilder entgegen. Zu Recht bejahte das LG Köln daher einen Auskunftsanspruch, der sich gem. **§ 101 Abs. 3 UrhG** u.a. bezieht auf:

- Namen und Anschrift des Foto-Lieferanten
- Namen und Anschrift der gewerblichen Abnehmer
- Menge der erhaltenen Fotos
- An- und Verkaufspreise der Fotos

Aus **§ 101a UrhG (Anspruch auf Vorlage von Handelsunterlagen)** sowie **§ 242 BGB** ergab sich schließlich, dass die Antragsgegner auch den **ungeschwärzten Vertrag** mit dem Foto-Lieferanten vorlegen mussten. Denn dieses Dokument wurde zur Begründung von Ansprüchen gegenüber den Antragsgegnern und dem Lieferanten benötigt. Dass der Vertrag existierte, war bei Antragstellung noch nicht bekannt. Die Antragsgegner hatten ihn einer Schutzschrift beigefügt, Name und Anschrift des Lieferanten darin allerdings geschwärzt. Die ungeschwärzte Fassung legten sie nach Zustellung der Verfügung vor, ohne dass die Verfügung ausdrücklich hierauf erweitert werden musste. Eine Erweiterung wäre gem. § 101a Abs. 3 UrhG jedenfalls möglich gewesen, nachdem die grundsätzliche Existenz des Dokuments bekannt war. Denn spätestens dann hätte es im Antrag so konkret bezeichnet werden können, dass keine unzulässige Ausforschung (mehr) vorgelegen hätte.

## b) Durchsetzung im Verfügungsverfahren

Zu Recht bejahte das LG Köln die volle Durchsetzbarkeit des Anspruchs im Verfügungsverfahren. **§ 101 Abs. 7 UrhG** regelt, dass der Auskunftsanspruch in **Fällen offensichtlicher Rechtsverletzung** per einstweiliger Verfügung durchgesetzt werden kann. Die Rechtsverletzung war offensichtlich.

Auch der Grundsatz der Vorwegnahme der Hauptsache stand dem Erlass nicht entgegen. Denn der europäische Richtliniengeber hat diesem Grundsatz im harmonisierten Bereich des geistigen Eigentums keinen Vorrang eingeräumt. Die **Verpflichtung zur umfassenden Auskunft** ist bei der Verletzung geistigen Eigentums die Regel und nicht die Ausnahme.

Doch welchen **Umfang** hat der Auskunftsanspruch? Müssen auch Mengen und Preise bereits im summarischen Verfügungsverfahren offen gelegt werden? Oder genügen Name und Anschrift etwa des Lieferanten oder der Abnehmer, um den weiteren Vertrieb der Ware zu stoppen?

Eindeutig nein! Denn dass die Anspruchsvoraussetzungen für Auskünfte nach § 101 Abs. 3 Nr. 1 UrhG (Name, Anschrift) und § 101 Abs. 3 Nr. 2 UrhG (Menge, Preise) unterschiedlich wären, ergibt sich bereits bei **wörtlicher Auslegung** der Norm nicht.

Begrenzt wird der Auskunftsanspruch auch **systematisch** allein durch das Verhältnismäßigkeitsgebot des § 101 Abs. 4 UrhG. Bereits hier, aber auch nur hier, werden die Interessen des Auskunftspflichtigen mit den grundsätzlich weit auszulegenden Interessen des Verletzten in Ausgleich gebracht.

Ein unterschiedlicher Prüfungsmaßstab ergäbe auch **teleologisch** keinen Sinn. **Art. 3 Abs. 2 der Durchsetzungsrichtlinie** bestimmt, nach welchen Grundsätzen zu entscheiden ist, ob eine gerichtliche Maßnahme anzuordnen ist. Die Maßnahme muss „**wirksam, verhältnismäßig und abschreckend**“ sein.

Nur die **Mitteilung aller Angaben nach § 101 Abs. 3 UrhG** ist wirksam und abschreckend, denn es genügt nicht, zu wissen, an wen irgendwelche Vervielfältigungsstücke herausgegeben wurden oder von wem sie bezogen wurden. Um gegen die weitere Verbreitung vorgehen zu können, muss man ihre konkrete Art und Menge kennen. Ansonsten lässt sich der Unterlassungsanspruch ggf. nicht ausreichend konkretisieren.

Der Verletzte muss aus Effizienzgründen („wirksam“) zudem die Möglichkeit haben, sich unter den Verletzern die „dicksten Fische“ herauszusuchen, die die meisten Vervielfältigungsstücke vertrieben oder erworben haben und hierfür die höchsten Preise erzielt oder bezahlt haben. Dies kann er nur, wenn er Menge und Preise kennt. Die Antragsgegner erteilten schließlich volle Auskunft unter Vorlage aller An- und Weiterverkaufsdokumente. Der gesuchte Fotolieferant war übrigens keiner der Hochzeitsgäste, sondern eine (nun nicht mehr) gute Bekannte des Fotografen, die die Bilder von ihm per E-Mail erhalten und für 10.000 € an BILD verkauft hatte.



## 5. Fazit

- a) **Name und Anschrift** eines dritten Verletzers lassen sich schon hinsichtlich der **materiellen** Auskunftsanspruchsvoraussetzungen leichter unter Berufung auf **Rechte des geistigen Eigentums** (z.B. Bildrechte nach dem UrhG) herausfinden als unter Berufung auf **Persönlichkeitsrechte** (z.B. Recht am eigenen Bild). Denn der bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen anwendbare § 242 BGB dient vor allem der **Vorbereitung von Schadensersatzforderungen** gegen den primär in Anspruch Genommenen. Namen und Anschrift Dritter wird man hierfür oft nicht benötigen. Im Bereich des geistigen Eigentums ist die Nennung von Name und Anschrift dagegen ausdrücklich vorgesehen. Denn hier geht es auch um die **Aufdeckung des Vertriebswegs**.
- b) Der Auskunftsanspruch umfasst auch die Vorlage **ungeschwärtzter** Vertragsunterlagen, § 101a UrhG, § 242 BGB.
- c) Ein **Auskunftsanspruch** auf Preisgabe von Lieferanten, Mengen und Preisen rechtsverletzender Fotos kann

auch gegenüber der **Presse** bestehen. Er ist nicht per se unverhältnismäßig, i.S.v. § 101 Abs. 4 UrhG. Denn der von der Pressefreiheit umfasste **Quellenschutz** muss in der Regel zurücktreten, wenn es um die Aufdeckung der Vertriebswege von Waren geht, die Rechte des geistigen Eigentums verletzen.

d) Ein Auskunftsanspruch, der auf die Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums gestützt ist, lässt sich auch im **Verfügungsverfahren** leichter durchsetzen, als ein Auskunftsanspruch wegen der Verletzung von Persönlichkeitsrechten. Denn der Grundsatz der **Vorwegnahme der Hauptsache** muss hier zurücktreten. Dies gilt sogar gegenüber der Presse im Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG (**Pressefreiheit, Informantenschutz**).

e) Der Auskunftsanspruch ist zumindest im Bereich des geistigen Eigentums im Verfügungsverfahren im **vollen Umfang** durchsetzbar. Die Angaben etwa nach § 101 Abs. 3 UrhG unterliegen keinem unterschiedlichen Prüfungsmaßstab.

## Impressum

### Der IP-Rechts-Berater (IPRB)

**Redaktion:** RAin Elisabeth Ivanyi (verantw. Redakteurin) · Adriane Braun (Redaktionsassistentin), Anschrift des Verlages, Tel. 0221/9 37 38-186 (Redaktions-Sekr.) bzw. -499 (Vertrieb/Abonnementsverwaltung), Fax 0221/9 37 38-903 (Redaktions-Sekr.) bzw. -943 (Vertrieb/Abonnementsverwaltung), E-Mail: iprb@otto-schmidt.de, Internet: www.ip-rb.de

**Verlag** Dr. Otto Schmidt KG, Gustav-Heinemann-Ufer 58, 50968 Köln, Postfach 51 10 26, 50946 Köln, Erfüllungsort und Gerichtsstand ist Köln.

**Anzeigenleitung:** Regina Hamdorf, Tel. 0211/8 87-1484, Fax 0211/8 87-1500, E-Mail: fz.marketing@fachverlag.de, gültig ist die Preisliste 1 vom 1.1.2010.

**Satz und Druck:** Boyens Offset GmbH & Co. KG, Wulf-Isebrand-Platz 1–3, 25746 Heide

**Erscheinungsweise:** Jeweils zum 15. eines Monats.

**Bezugspreis:** Jahresabonnement 169,- €, Einzelheft 16,90 €. Alle Preise zuzüglich Versandkosten und inkl. Umsatzsteuer.

ISSN 1869-5639

**Bestellungen** bei jeder Buchhandlung sowie beim Verlag. Kündigungstermin für das Abonnement 6 Wochen vor Jahreschluss.

**Hinweis für den Leser:** Der Zeitschrifteninhalt wird nach bestem Wissen erstellt, Haftung und Gewähr müssen jedoch wegen

der Komplexität und des ständigen Wandels der Rechtslage ausgeschlossen werden.

**Urheber- und Verlagsrechte:** Manuskripte werden nur zur Alleinveröffentlichung angenommen. Der Autor versichert, über die urheberrechtlichen Nutzungsrechte an seinem Beitrag einschließlich aller Abbildungen allein verfügen zu können und keine Rechte Dritter zu verletzen. Mit Annahme des Manuskripts (Aufsatz, Bearbeitung, Leitsatz) gehen für die Dauer von vier Jahren das ausschließliche, danach das einfache Nutzungsrecht vom Autor auf den Verlag über, jeweils auch für Übersetzungen, Nachdrucke, Nachdruckgenehmigungen und die Kombination mit anderen Werken oder Teilen daraus. Das Nutzungsrecht umfasst insbesondere auch die Befugnis zur Einspeicherung in Datenbanken sowie zur weiteren Vervielfältigung und Verbreitung zu gewerblichen Zwecken im Wege fotomechanischer, elektronischer und anderer Verfahren einschließlich CD-ROM und Online-Diensten.

Die Zeitschrift und alle veröffentlichten Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Dies gilt auch für Entscheidungen und deren Leitsätze, soweit sie redaktionell oder vom Einsender redigiert bzw. erarbeitet wurden. Jede vom Urheberrechtsgesetz nicht ausdrücklich zugelassene Verwertung bedarf vorheriger schriftlicher Zustimmung des Verlags. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigung, Bearbeitung, Übersetzung, Mikroverfilmung und Einspeicherung, Verarbeitung bzw. Wiedergabe in Datenbanken oder anderen elektronischen Medien und Systemen. Fotokopien dürfen nur als Einzelkopien für den persönlichen Gebrauch hergestellt werden.

# Wer kann, holt sich den neuen Zöller.



Der neue Zöller ist da. Mit den Verfahren in Familiensachen nach dem neuen FamFG, das immer wieder auf die ZPO verweist. Und all den anderen wichtigen Änderungen, die diese Neuauflage erfordert haben. Das Ganze, wie immer, in einem Band. Den müssen Sie natürlich haben. Zöller, ZPO, 28. Auflage, gbd. 164,-€. ISBN 978-3-504-47017-3 [www.der-neue-zoeller.de](http://www.der-neue-zoeller.de)

# Maßgeschneidert für Juristen.

Die aktuelle Auflage dieses Klassikers vom Autor, der das Computerrecht geprägt hat wie kein anderer, erschließt Ihnen wieder systematisch und verständlich jedes Problem, mit dem Sie beim Erwerb oder Einsatz von EDV heute konfrontiert werden können. Das Werk ist praxisorientiert, bewegt sich wissenschaftlich auf höchstem Niveau und ist – wie immer – richtungweisend.

Das Handbuch wurde zum Großteil komplett neu bearbeitet, um Themen wie die *Vergabe von IT-Leistungen* und *Computerstrafrecht* bereichert und spiegelt exakt die derzeitige betriebliche Praxis der Branche wider.

Über ein detailliertes Stichwortverzeichnis kommen Sie schnell



J. Schneider **Handbuch des EDV-Rechts** IT-Vertragsrecht (Rechtsprechung, AGB, Vertragsgestaltung), Datenschutz, Rechtsschutz. Von RA Prof. Dr. Jochen Schneider. 4. Auflage 2009, 2.423 Seiten Lexikonformat, gbd. 179,- €. ISBN 978-3-504-56093-5

von jedem Problem zu seiner Lösung. Anschauliche Beispiele erleichtern das Verständnis komplexer Zusammenhänge. Erläuterte Mustertexte und Urteilszitate vereinfachen die sichere Ausgestaltung typischer Verträge. Und im Anhang finden Sie auf rund 150 Seiten komplette Vertragsbeispiele und Muster. Jochen Schneider, *Handbuch des EDV-Rechts*: maßgeschneidert für Juristen.

Wenn Sie also auch nach neuester Rechtslage bei der Gestaltung, Verhandlung oder Überprüfung von Verträgen sicher gehen wollen, kommen Sie an der Neuauflage kaum vorbei. Davon dürfen Sie sich gern selbst überzeugen. Zum Beispiel mit einer kleinen Leseprobe. [www.otto-schmidt.de](http://www.otto-schmidt.de)

----- **Bestellschein** ausfüllen und faxen (02 21) 9 37 38-9 43 ----- ✂

Ja, ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht J. Schneider **Handbuch des EDV-Rechts** 4. Auflage, gbd. 179,- € plus Versandkosten. ISBN 978-3-504-56093-5

Name \_\_\_\_\_ Straße \_\_\_\_\_ PLZ \_\_\_\_\_ Ort \_\_\_\_\_

Telefon \_\_\_\_\_ Fax \_\_\_\_\_ Datum \_\_\_\_\_ Unterschrift \_\_\_\_\_ 1/09

Bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder beim Verlag Dr. Otto Schmidt · Postfach 51 10 26 · 50946 Köln

# Für alles gibt's ein Vorbild.

Warum hat man automatisch den *Vorwerk* vor Augen, wenn das Wort Prozessformularbuch fällt? Weil der *Vorwerk* nicht nur die Formulare liefert, sondern vorweg immer das nötige Verständnis für das jeweilige Verfahren. Das heißt: Der *Vorwerk* ist Formularbuch und Handbuch in einem.

Nach jedem skizzierten Verfahrensablauf mit seinen materiell-rechtlichen Besonderheiten und einer genauen Handlungsanleitung gibt man Ihnen für jeden Verfahrensabschnitt an Ort und Stelle die entsprechenden Muster an die Hand; aktuell mehr als 1.500 Stück – über 200 allein zum neuen FamFG! – samt ausführlichen Erläuterungen und Anmerkungen zum aktuellen Kosten- und Gebührenrecht.

Wertvolle Tipps zu Strategie und Taktik, hilfreiche Checklisten, ein de-



Vorwerk **Das Prozess-Formular-Buch** Herausgegeben von RA beim BGH Prof. Dr. Volker Vorwerk. Bearbeitet von 36 erfahrenen Praktikern. 9. Auflage 2010, rd. 3.000 Seiten Lexikonformat, gbd., inkl. CD mit allen Mustern 128,-€. Erscheint im Dezember. ISBN 978-3-504-07017-5

tailliertes Stichwortregister und eine umfangreiche Fristentabelle runden das Ganze ab. Wichtige Hinweise sind optisch hervorgehoben. Und alle Muster haben Sie natürlich auch auf der CD.

Das Buch wurde komplett auf den neuesten Stand gebracht: mit allen neuen Gesetzen; und jetzt zum Beispiel auch mit Vorschlägen für Streitigkeiten im Bereich des Aktienrechts, bei grenzüberschreitender Beweisaufnahme oder bei geringfügigen Forderungen (sog. small-claims).

Zur schnelleren Orientierung ist die Neuauflage schon äußerlich gut sichtbar durch Markierungen am Buchblock in ihre drei Prozessrechtsgebiete ZPO, neues FamFG und ArbGG unterteilt.

Vorwerk, Das Prozess-Formular-Buch. Einfach vorbildlich. Leseprobe? [www.otto-schmidt.de](http://www.otto-schmidt.de)

----- **Bestellschein** ausfüllen und faxen (02 21) 9 37 38-9 43 ----- ✂

Ja, ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht Vorwerk **Das Prozess-Formular-Buch 9. Auflage, gbd., inkl. CD mit allen Mustern** 128,- € plus Versandkosten. Erscheint im Dezember. ISBN 978-3-504-07017-5

Name \_\_\_\_\_ Straße \_\_\_\_\_ PLZ \_\_\_\_\_ Ort \_\_\_\_\_

Telefon \_\_\_\_\_ Fax \_\_\_\_\_ Datum \_\_\_\_\_ Unterschrift \_\_\_\_\_ 11/09

Bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder beim Verlag Dr. Otto Schmidt · Postfach 51 10 26 · 50946 Köln



Informationsdienst für das Recht  
des geistigen Eigentums

## Fax und fertig!

### Ja, ich mache den Praxistest und bestelle:

- 3 weitere Ausgaben **Der IP-Rechts-Berater** kostenlos im Probeabo.

Wenn ich nach Erhalt des 3. Heftes das Abo nicht innerhalb von 14 Tagen widerrufe (Datum des Poststempels), bekomme ich **IPRB** einmal monatlich zum Jahresbezugspreis von 169,- € plus Versandkosten.

Kündigungstermin: 6 Wochen zum Jahresende.

Preisstand 1.1.2010

Kanzleistempel / Absender

Datum / Unterschrift

Mein Recht: Diese Abonnementbestellung kann ich innerhalb von 14 Tagen (Datum des Poststempels) schriftlich beim Verlag oder meiner Buchhandlung widerrufen.

Datum / Unterschrift

Bestellen Sie beim Verlag Dr. Otto Schmidt  
Postfach 51 10 26 · 50946 Köln

**Fax: 0221 / 9 37 38-943**

IPRB1010 / 0 1 2 3 4 5 6 7 8 9