

Beiträge

<i>Karl-Heinz Fezer</i>	Bestätigungslösung eines telefonischen Vertragsschlusses als Königsweg effektiven Verbraucherschutzes im Telefonmarketing	361
<i>Ansgar Ohly</i>	Gegen die Bestätigungslösung bei Folgeverträgen unzulässiger Telefonwerbung	366
<i>Andreas Wiebe</i>	Bewertungsportale als Datenbanken – Wie weit reicht der Schutz des Datenbankherstellers im Internet?	369

Rechtsprechung

Markenrecht

EuGH 28.07.2011 – C-400/09, u. a.	Angabe des tatsächlich umpackenden Unternehmens ist nicht zwingend erforderlich (<i>Frederik Thiering</i>)	371
EuG 06.07.2011 – T-318/09	„TDI“ ist für Kraftfahrzeuge beschreibend (<i>Thomas Fischer</i>)	372
BGH 07.07.2011 – I ZR 207/08	Kein Recht auf „Namensmarke“ bei Koexistenz von Gartencentern (<i>Michael Goldmann</i>)	373
BGH 24.02.2011 – I ZR 154/09	Verwechslungsgefahr trotz unterdurchschnittlicher Kennzeichnungskraft – „Enzymax/Enzymix“ (<i>Mathias Kochendörfer</i>)	374
BGH 10.02.2011 – I ZR 172/09	Markenverletzung durch Vertrieb eines parallelimportierten Arzneimittels in neuer Verpackung unter Wiederanbringung der Marke – „RENNIE“ (<i>Gunnar Sachs</i>)	375
BGH 03.02.2011 – I ZR 26/10	Keine Erschöpfung, wenn Markeninhaber den Vertrieb der Ware unter der Marke wegen Qualitätsmängeln verboten hat – „Kuchenbesteck-Set“ (<i>Kerstin Gründig-Schnelle</i>)	376
BGH 20.01.2011 – I ZR 10/09	Branchenähnlichkeit bei Unternehmenskennzeichen wird nach denselben Grundätzen beurteilt wie Produktähnlichkeit bei Marken – „BCC“ (<i>Volker Schoene</i>)	377
BPatG 18.05.2011 – 29 W (pat) 158/10	Wortzeichen „Fürst von Metternich“ ist für Weinführer und Tanzveranstaltungen schutzfähig (<i>Frank Schembecker</i>)	378

Urheber- und Medienrecht

BGH 22.06.2011 – I ZB 64/10	Zweifel an Zulässigkeit eines Schlichtungsverfahrens sind in gesondertem Feststellungsverfahren zu klären – „Aussetzung eines Schlichtungsverfahrens“ (<i>Steffen Lux</i>)	379
BGH 03.02.2011 – I ZR 134/08	Verleger muss bei Neuauflage eines übersetzten Werks die bereits vorliegende Übersetzung verwenden – „World’s End“ (<i>Bernhard von Becker</i>)	380
OLG München 26.07.2011 – 29 W 1268/11	Upload einer urheberrechtlich geschützten Datei in Tauschbörse ist Rechtsverletzung von gewerblichem Ausmaß (<i>Ole Jani</i>)	381

Wettbewerbsrecht

BGH 10.02.2011 – I ZR 164/09	Keine Einwilligung in Telefonwerbung durch Double-opt-in-Verfahren (<i>Mirko Möller</i>)	382
---------------------------------	--	-----

BGH 10.02.2011 – I ZR 8/09	Parallelimport eines Zusatzstoffs für Pflanzenschutzmittel war bis 01.01.2007 bei Identität mit eingetragenen Zusatzstoff rechtmäßig – „RC Netzmittel“ (<i>Christian Stallberg</i>) 383
BGH 20.01.2011 – I ZR 28/09	Kabelanschluss-Werbung „Kein Telekom-Anschluss nötig“ muss Hinweis auf fehlende Möglichkeit von „Call-by-Call“-Telefonaten enthalten (<i>Axel Birk</i>) 384
OLG Frankfurt a.M. 12.05.2011 – 6 U 29/11	Zur Abgrenzung eines zulässigen mehrstufigen Direktvertriebssystems von unzulässiger progressiver Kundenwerbung (<i>Gerald Mäsch</i>) 385
LG Arnberg 21.04.2011 – 8 O 104/10	Werbung mit Alter des Geschäftsbereichs ist nach Erwerb aus Insolvenzmasse irreführend (<i>Sebastian Heim</i>) 386
LG Wuppertal 19.07.2011 – 11 O 51/11	Bezeichnung „Schloss G.“ für schlossähnliches Anwesen ist nicht irreführend (<i>Hanna Karin Held</i>) 387
Lebensmittel- und Arzneimittelrecht	
BVerwG 05.04.2011 – 3 B 79.10	Bezeichnung „Filetstreifen“ für Erzeugnisse aus zerkleinertem und anschließend neu zusammengefügtem Geflügelfilet ist irreführend (<i>Thomas Schulteis</i>) 388
Kartellrecht	
BGH 09.06.2011 – X ZR 143/10	Schadensersatz aus Verschulden bei Vertragsanbahnung auch ohne Vertrauen des Bieters auf Einhaltung des Vergaberechts – „Rettungsdienstleistungen II“ (<i>Klaus Heuvels</i>) 389

Hinweis an unsere Leser:

Die vorliegende Druckausgabe der GRUR-Prax ist textidentisch mit der elektronisch versandten Version. Abonnenten erhalten zugleich über beck-online Zugriff auf die besprochenen Urteile im Volltext, das elektronische Archiv der GRUR-Prax sowie alle zitierten Gesetzestexte.

GRUR-Prax – Impressum

ISSN 1869-3849

Herausgeber: Prof. Dr. Joachim Bornkamm, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof, Bundesgerichtshof, 76125 Karlsruhe. Prof. Dr. Wolfgang Büscher, Richter am Bundesgerichtshof, Bundesgerichtshof, 76125 Karlsruhe. Rechtsanwalt Kay Uwe Jonas, Jonas Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Hohenstaufenring 62, 50674 Köln, Tel.: 0221/27758-223, Fax: 0221/27758-1, E-Mail: jonas@jonas-lawyers.com, Internet: www.jonas-lawyers.com. Prof. Dr. Karl-Nikolaus Peifer, Institut für Medienrecht und Kommunikationsrecht der Universität zu Köln, Aachener Str. 197-199, 50931 Köln, Tel.: 0221/28556-130, Fax: 0221/28556-134. Rechtsanwalt Dr. Thomas Schulte-Beckhausen, Loschelder Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft, Konrad-Adenauer-Ufer 11, 50668 Köln, Tel.: 0221/65065-134, Fax: 0221/65065-135, E-Mail: thomas.schulte-beckhausen@loschelder.de, Internet: www.loschelder.de

Schriftleitung: Rechtsanwalt Dr. Volker Schoene (Rechtsprechung), Loschelder Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft, Konrad-Adenauer-Ufer 11, 50668 Köln, Tel.: 0221/65065-142, Fax: 0221/65065-141, Internet: www.loschelder.de. Rechtsanwalt Dr. Martin Viefhues (Beratung Beiträge), Jonas Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Hohenstaufenring 62, 50674 Köln, Tel.: 0221/27758-0, Fax: 0221/27758-1, Internet: www.jonas-lawyers.com

Verlagsredaktion: Verantwortliche Redakteurin: Rechtsanwältin Dr. Helena Schöwerling, E-Mail: helena.schoewerling@beck.de. Geschäftsführend und verantwortlich i. S. d. P.: Rechtsanwalt Marco Junk, E-Mail: marco.junk@beck.de. Verlag C. H. Beck oHG, Wilhelmstr. 9, 80801 München, Tel.: 089/38189-808, Fax: 089/38189-579. GRUR-Prax im Internet: http://www.grur-prax.de

Manuskripte: Beiträge sind per E-Mail an die Verlagsredaktion zu senden. Der Verlag haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Sie können nur zurückgegeben werden, wenn Rückporto beigelegt ist. Die Annahme zur Veröffentlichung muss schriftlich erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Eingeschlossen sind insbesondere auch das Recht zur Herstellung elektronischer Versionen und zur Einspeicherung in Datenbanken sowie das Recht zu deren Vervielfältigung und Verbreitung online oder offline ohne zusätzliche Vergütung.

Urheber- und Verlagsrechte: Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, denn diese sind geschützt, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen verwendbare Sprache, übertragen werden.

Verlag: Verlag C. H. Beck oHG, Wilhelmstr. 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 400340, 80703 München, Tel.: 089/38189-0, Fax: 089/38189-398, Postbank München: Nr. 6229-802, BLZ 70010080. Der Verlag ist oHG. Gesellschafter sind Dr. Hans Dieter Beck und Dr. h. c. Wolfgang Beck, beide Verleger in München.

Erscheinungsweise: Zweimal monatlich. Bezugspreise 2011: 198,00 € jährlich (inkl. 12,95 € MwSt.). Vorzugspreis für Mitglieder der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und für Bezieher des Moduls „Gewerblicher Rechtsschutz premium“: 148,00 € jährlich (inkl. 9,68 € MwSt.). Das Abonnement umfasst jeweils den Zugang für drei Nutzer für das Modul GRUR-Prax Online innerhalb der Datenbank beck-online. Einzelheft: 10,00 € (inkl. 0,65 € MwSt.). Versandkosten jeweils zuzüglich. Die Rechnungstellung erfolgt zu Beginn eines Bezugszeitraumes. Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert werden. Bestellungen über jede Buchhandlung und beim Verlag. KundenServiceCenter: Tel.: 089/38189-750, Fax: 089/38189-358, E-Mail: bestellung@beck.de. Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Jahresschluss erfolgen. Adressänderungen: Teilen Sie uns rechtzeitig Ihre Adressenänderungen mit. Dabei geben Sie bitte neben dem Titel der Zeitschrift die neue und die alte Adresse an. Hinweis gemäß § 7 Abs. 5 der Postdienst-Datenschutzverordnung: Bei Anschriftenänderung des Bezieher kann die Deutsche Post AG dem Verlag die neue Anschrift auch dann mitteilen, wenn kein Nachsendeantrag gestellt ist. Hiergegen kann der Bezieher innerhalb von 14 Tagen nach Erscheinen dieses Heftes beim Verlag widersprechen.

Druck: Kessler Druck + Medien GmbH & Co. KG, Michael-Schäffer-Straße 1, 86399 Bobingen.

Beiträge

Bestätigungslösung eines telefonischen Vertragsschlusses als Königsweg effektiven Verbraucherschutzes im Telefonmarketing

Professor Dr. Karl-Heinz Fezer, Universität Konstanz

Zum Gesetzentwurf zur Fortentwicklung des Verbraucherschutzes bei unerlaubter Telefonwerbung: Das unlautere Telefonmarketing boomt; verbotenes Marktverhalten lohnt. Das Risiko eines telefonischen Vertragsschlusses im Zusammenhang mit einem unzulässigen Werbeanruf geht de lege lata zu Lasten der Verbraucher. Ein Gesetzentwurf greift auf die noch im Jahre 2009 verworfene Bestätigungslösung zurück: Bei unzulässiger Telefonwerbung bedarf die Rechtswirksamkeit eines telefonischen Vertragsschlusses der Bestätigung in Textform.

I. Handlungsbedarf des Gesetzgebers im Telefonmarketing

1. Evaluierung des Gesetzes zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung von 2009

In den Jahren nach Inkrafttreten der UWG-Reform im Jahre 2004, deren inhaltlicher Schwerpunkt eine Stärkung des Verbraucherschutzes durch Lauterkeitsrecht war, breitete sich das Telefonmarketing in einem rasanten Tempo aus, und die unlautere Telefonwerbung entwickelte sich regelrecht zu einer Landplage innerhalb des Direktmarketings. Offenkundig war der Handlungsbedarf des Gesetzgebers, die millionenfachen Wettbewerbsdelikte des unlauteren Telefonmarketings zu unterbinden und den Bürger vor den erheblichen Eingriffen in sein Persönlichkeitsrecht und vor dem Eindringen in seine Individual- und Privatsphäre effektiv zu schützen. Die Antwort des Gesetzgebers war das „Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen“ vom 29.07.2009 (BGBl. I S. 2413).

Regelungsinhalt des Gesetzes waren insbesondere zwei Änderungen des UWG des Jahres 2004: Zum einen wurde ausdrücklich geregelt, dass die Telefonwerbung

dann unzulässig ist, wenn ein Werbeanruf gegenüber Verbrauchern getätigt wird, ohne dass eine vorherige *ausdrückliche* Einwilligung in diesen Anruf vorliegt. Zum anderen wurde die unerlaubte Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern mit einer von der Bundesnetzagentur zu verhängenden Geldbuße bis zu 50.000 Euro sanktioniert. Die weitergehende Forderung aus der Rechtswissenschaft, der Rechtspolitik und im Gesetzgebungsverfahren aus dem Bundesrat nach einer Sanktion, die sich gegen die Rechtswirksamkeit eines konkreten telefonischen Vertragsschlusses zwischen dem Verbraucher und dem verbotenerweise das Telefonat tätigen Unternehmen richtet, wurde auf nachhaltigen Widerstand des Bundesjustizministeriums (Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 16/10734, S. 23, 24) nicht aufgegriffen.

Die Effizienz des Gesetzes zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung sollte eine Evaluierung belegen oder widerlegen. Sowohl nach dem „Bericht des Bundesministeriums der Justiz – Umfrageergebnisse zur Belästigung durch Werbeanrufe“ vom 31.01.2011 zur Evaluierung des Gesetzes vom 29.07.2009, dem Umfragen bei der Bundesnetzagentur, den Bundesländern und zahlreichen Verbänden innerhalb eines Erhebungszeitraums von September 2009 bis einschließlich Juni 2010 zugrunde liegen, als auch nach dem „Bundesweiten Abschlussbericht der Verbraucherzentralen – Erhebung ‚unerlaubte Telefonwerbung‘ der Verbraucherzentralen“ vom Dezember 2010, der eine Registrierung von 80.000 Beschwerden wegen unerwünschter Werbeanrufe im Erhebungszeitraum zwischen März und November 2010 auswertet, ist die Schlussfolgerung eindeutig: Die Sanktionen des Gesetzes zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung stellen keinen effizienten Verbraucherschutz dar. Nach der Evaluierung ist der Handlungsbedarf des Gesetzgebers erneut belegt. Als ein lauterkeitsrechtliches Sanktionsinstrument

zur effizienten Durchsetzung des Verbots der unerlaubten Telefonwerbung ist die Bestätigungslösung auch mit der künftigen Richtlinie über Verbraucherrechte (Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher vom 08.10.2008, KOM(2008) 614 endgültig, 2008/0196 – COD) vereinbar, deren Gegenstand die Angleichung bestimmter Aspekte der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten in Bezug auf Verträge zwischen Verbrauchern und Gewerbetreibenden zum ordnungsgemäßen Funktionieren des Binnenmarkts, um ein hohes Verbraucherschutzniveau zu erreichen, ist (Art. 1 RL-E) und die – insoweit – eine vollständige Harmonisierung (Art. 4 RL-E) regeln wird. Bei der Bestätigungslösung handelt es sich materiellrechtlich um Verbraucherschutz durch Lauterkeitsrecht im Telefonmarketing.

2. Bestätigungslösung: Lauterkeitsrechtlich im UWG oder vertragsrechtlich im BGB

a) Bestätigungslösung als lauterkeitsrechtliche Sanktion im Gesetzgebungsverfahren des Jahres 2009

In dem Gesetzgebungsverfahren des Gesetzes zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung im Jahre 2009 (vgl. dazu die ausführliche Darstellung der Gesetzesgeschichte bei *Fezer*, in: *Fezer, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum UWG*, 2. Aufl. 2010, Einl. E, Rn. 193 ff.; *Mankowski*, in: *Fezer*, § 7 UWG, Rn. 6 ff.) wurde vom Bundesrat einstimmig eine Änderung der Regelung der unzumutbaren Belästigung nach § 7 UWG vorgeschlagen, nach der die auf einen Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung, die ein Verbraucher bei einem Telefonanruf nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 UWG abgibt, erst dann wirksam wird, wenn der Verbraucher sie durch eine nachfolgende Erklärung in Textform im Sinne des § 126b BGB innerhalb von zwei Wochen bestätigt. Der Unternehmer sollte die Beweislast dafür tragen, dass eine unzumutbare Belästigung des Verbrauchers nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 UWG nicht vorgelegen habe.

Die Begründung des Gesetzesvorschlags zur Bestätigungslösung ging dahin: Bei einem telefonisch abgeschlossenen Vertrag zwischen Verbraucher und Unternehmer, der nach § 312b BGB den Regelungen des Fernabsatzrechts unterfalle, bestehe zwar ein 14-tägiges Widerrufsrecht des Verbrauchers nach den §§ 312d, 355 BGB. Es wirke sich aber der Umstand, dass der Vertragsschluss durch ein unlauteres Marktverhalten zustande komme, das sich unmittelbar und zielgerichtet an den einzelnen Verbraucher richte, de lege lata nicht auf die Rechtswirksamkeit des Vertrages aus. Die Unlauterkeit bleibe vertragsrechtlich sanktionslos. Nach der vorgeschlagenen Gesetzesänderung auf der Grundlage der Bestätigungslösung werde dem Verbraucher für die Abgabe der Bestätigung eine Frist von zwei Wochen eingeräumt. Er habe damit ausreichend Zeit, sich für oder gegen einen Vertragsschluss zu entscheiden. Das Unternehmen bleibe abweichend von § 147 Abs. 1 Satz 2 BGB spätestens bis zum Ablauf der Bestätigungsfrist an seine telefonisch abgegebenen Vertragserklärungen gebunden. Wenn sich der Verbraucher

innerhalb der Frist für den Vertragsschluss entscheide, komme der Vertrag erst ab der Bestätigung in Textform im Sinne des § 126b BGB wirksam zustande.

Die vorgeschlagene, aber nicht in das Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung aufgenommene Bestätigungslösung stellt eine lauterkeitsrechtliche Sanktion dar, deren Regelungsgegenstand das Zustandekommen eines telefonischen Vertragsschlusses ist. Auf diese Weise wird der rechtliche Zusammenhang zwischen der Rechtswirksamkeit des telefonischen Vertragsschlusses und dem lauterkeitsrechtlichen Erfordernis einer ausdrücklichen Einwilligung des Verbrauchers in das Telefonat des Unternehmers hergestellt.

b) Bestätigungslösung als vertragsrechtliches Instrument im Gesetzentwurf des Jahres 2011

Der „Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Verbraucherschutzes bei unerlaubter Telefonwerbung“ vom 27.05.2011 (Gesetzentwurf des Bundesrates, BR-Drs. 271/11 – Beschluss, Grunddrucksache 557/10 vom 27.05.2011; BT-Drs. 17/6482 vom 06.07.2011, elektronische Fassung) geht von dem Ergebnis der Evaluierung des „Gesetzes zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen“ vom 29.07.2009 aus, dessen Maßnahmen sich als nicht hinreichend effektiv erwiesen hätten (vgl. zur Evaluierung oben I. 1.). Ein signifikanter Rückgang von unerlaubter Telefonwerbung durch die Neuregelung des Jahres 2009 könne nicht festgestellt werden.

Ziel des vorliegenden Gesetzentwurfs des Bundesrats ist es, unerlaubte Telefonwerbung nicht nur mit Hilfe des Wettbewerbsrechts, sondern auch mit vertragsrechtlichen Instrumenten zu bekämpfen. Unseriöse Unternehmen sollen daran gehindert werden, im Rahmen eines Werbeanrufs dem Verbraucher Verträge unterzuschieben. Daher solle die Wirksamkeit telefonischer Vertragsabschlüsse eines Verbrauchers mit einem ihn anrufenden Unternehmer grundsätzlich an eine formbedürftige Bestätigung des Verbrauchers im Sinne der Bestätigungslösung gebunden werden. Da die Bestätigungslösung die Frage des Vertragsschlusses bei Fernabsatzgeschäften betreffe, solle sie im BGB unmittelbar im Anschluss an die Grundnorm des § 312b BGB geregelt werden. Nach § 312b BGB-E solle ein wirksamer Vertragsschluss in Fällen der Telefonwerbung gegenüber einem Verbraucher nur dann zustande kommen, wenn der Verbraucher seine Vertragserklärung binnen zwei Wochen gegenüber dem Unternehmer in Textform im Sinne des § 126b BGB bestätige.

Nach der Begründung des Gesetzentwurfs knüpft die vorgeschlagene Neuregelung die vertragsrechtlichen Folgen nicht an eine lauterkeitsrechtliche Missbilligung, sondern an die Überrumpelungssituation, in die der Verbraucher durch einen unerwarteten Werbeanruf in der Regel gebracht werde. Eine in dieser Situation abgegebene Vertragszusage des Verbrauchers solle erst unter weiteren Bedingungen wirksam werden, die dem Verbraucher eine angemessene Überlegungsfrist garantierten. Einer Bestätigung nach Satz 1 des § 312b

Abs. 1 BGB-E bedürfe es nach Satz 2 der Vorschrift dann nicht, wenn das Telefongespräch nicht von dem Unternehmer zu Werbezwecken veranlasst worden sei oder der Verbraucher in einen Telefonanruf des Unternehmers in Textform im Sinne des § 126b BGB eingewilligt habe.

Um einen Gleichlauf der Tatbestandsmerkmale der vertragsrechtlichen Regelung der Bestätigung in § 312b BGB-E und der lauterkeitsrechtlichen Regelung der belästigenden Telefonwerbung in § 7 UWG herzustellen, wird eine Änderung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 UWG dahin vorgeschlagen, für die Einwilligung eines Verbrauchers zur Telefonwerbung die Textform im Sinne des § 126b BGB zu verlangen. Die Einwilligung des Verbrauchers in die Textform solle für mehr Rechtsklarheit und Rechtssicherheit, da Gegenstand und Reichweite der vom Verbraucher erteilten Einwilligung auf einem Dokument nachzuweisen seien.

II. Theorie der Bestätigungslösung

1. Normzweck des lauterkeitsrechtlichen Verbraucherschutzes

Das rechtspolitische Postulat eines verbraucherschützenden Sanktionenrechts innerhalb der Lauterkeitsrechtsordnung harmoniert mit der Zielsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-RL), wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen zum Schutz der Verbraucherrechte im harmonisierten Lauterkeitsrecht zu normieren (Art. 13 Satz 2 UGP-RL). Originäre Rechte der Verbraucher und der Wettbewerber konstituieren den Marktwettbewerb sowohl in einem europäischen Binnenmarkt als auch in einer freien, sozialen und ökologischen Marktwirtschaft der Mitgliedstaaten. Verbraucherschützendes Sanktionenrecht ist eine zwingende Folge eines originären Verbraucherschutzes im materiellen Lauterkeitsrecht (vgl. zu einem Kanon an verbraucherschützenden Sanktionen im Lauterkeitsrecht als rechtspolitisches Postulat *Fezer*, in: *Fezer*, a. a. O., Einl E, Rn. 383 ff.).

Bei dem vertragsrechtlichen Widerrufsrecht des Verbrauchers im Fernabsatzrecht nach den §§ 312b, 355 BGB wirkt sich der Umstand, dass bei der unzulässigen Telefonwerbung der Vertragsschluss durch ein unlauteres Marktverhalten zustande kommt, das sich unmittelbar und zielgerichtet an den einzelnen Verbraucher richtet, de lege lata nicht auf die Rechtswirksamkeit des Vertrags aus. Die Unlauterkeit bleibt vertragsrechtlich sanktionslos. Die Bestätigungslösung soll das Risiko einer unsicheren Vertragslage zu Lasten des Unternehmers verteilen. Mit anderen Worten: Der Verbraucher soll nicht aktiv werden müssen.

Der Ort der Kodifikation einer Bestätigungslösung, sei es innerhalb der Lauterkeitsrechtsordnung, wie im Gesetzgebungsverfahren des Jahres 2009 vorgeschlagen, sei es innerhalb der Vertragsordnung des BGB, wie im vorliegenden Gesetzentwurf vorgeschlagen, ist für die Dogmatik und Legitimation der Bestätigungslösung als rechtsformale Zuordnung zu einer Kodifikation rechtlich unerheblich. Der Normzweck der Bestätigungslö-

sung bleibt auch innerhalb des Vertragsrechts des BGB als lauterkeitsrechtliche Sanktion im Sinne einer materiellrechtlichen Regelung erhalten (vgl. dazu oben I. 1. und unten III.). In der Begründung des Gesetzentwurfs wird ausdrücklich dem engen sachlichen Zusammenhang mit dem Verbot der Telefonwerbung nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 UWG durch einen weitgehenden Gleichlauf der Tatbestandsmerkmale Rechnung getragen.

2. Rechtssicherheit und Rechtssystematik

Innerhalb der Diskussion um die Rechtfertigung einer lauterkeitsrechtlichen Bestätigungslösung wird die traditionelle Kontroverse um den rechtlichen Zusammenhang zwischen Unlauterkeit und Vertragsbindung (vgl. dazu aus rechtstheoretischer Sicht *Fezer*, in: *Fezer*, a. a. O., Einl E, Rn. 406 ff.) im Sinne einer ablehnenden Haltung gegenüber der vorgeschlagenen Gesetzesänderung aktiviert und instrumentalisiert. Die gängigen Argumente sind insbesondere eine Unvereinbarkeit der Bestätigungslösung als lauterkeitsrechtliche Sanktion mit der Rechtssystematik des Vertragsrechts im BGB und die Gefahr von Rechtsunsicherheit über die Rechtswirksamkeit von telefonisch abgeschlossenen Verträgen.

a) Folgeverträge unlauteren Wettbewerbs und Kritik an der Bestätigungslösung

Seit alters her gilt im Anwendungsbereich des UWG der Grundsatz, dass von der Wirksamkeit der Folgeverträge unlauteren Wettbewerbs auszugehen ist (vgl. dazu *Fezer*, in: *Fezer*, a. a. O., Einl E, Rn. 396 ff.). Die bürgerlichrechtlichen Nichtigkeitsgründe eines Gesetzesverstoßes im Sinne des § 134 BGB und der Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts im Sinne des § 138 BGB werden auf die Folgeverträge unlauteren Wettbewerbs grundsätzlich nicht angewandt.

Ausnahmsweise wird von der inhaltlichen Nichtigkeit eines Folgevertrages als Verbrauchervertrag im Sinne der §§ 134, 138 BGB ausgegangen, wenn es sich um Geschäftsmodelle und Werbekonzeptionen handelt, die von vornherein zielgerichtet auf eine Täuschung der Verbraucher angelegt sind und systematisch zu einer Vielzahl von Vertragsabschlüssen mit getäuschten Verbrauchern führen. Bei solchen Fallkonstellationen handelt es sich in der Regel um Betrugstatbestände von strafrechtlicher Erheblichkeit. Zu nennen sind etwa betrügerische Insertionsofferten, vorgetäuschte Rechnungsstellungen und Tatbestände des Adressbuchschwindels. Die Vertragsabwicklung und Vertragsdurchsetzung eines durch unlauteres Marktverhalten zustande gekommenen Vertrages stellt nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung als solches keinen Unlauterkeitstatbestand dar.

Aus dem Argumentationshaushalt zur Begründung und Reichweite des Grundsatzes von der Wirksamkeit der Folgeverträge unlauteren Wettbewerbs werden gegen die vertragsrechtliche Bestätigungslösung im Lauterkeitsrecht insbesondere die beiden allgemeinen Rechtsgedanken der Rechtssicherheit und Rechtssystematik als Einwände formuliert.

Mit dem ersten Einwand wird auf die Gefahr für die Rechtssicherheit im Vertragsrecht und damit auf die Gefährdung des Grundsatzes „pacta sunt servanda“ verwiesen, wenn als Folge einer unlauteren Vertragsanbahnung die Rechtswirksamkeit des Vertrages von einer Bestätigung in Textform abhängig gemacht wird. Schon im Zusammenhang mit dem Vorschlag der Einführung von Vertragsauflösungsrechten bei der UWG-Reform des Jahres 2004 (vgl. dazu schon *Fezer*, WRP 2003, 127; auch *Fezer*, WRP 2007, 855) wurde gar eine Absenkung des wettbewerbsrechtlichen Schutzniveaus als eine Folge von Schutzinstrumenten zur Vertragsauflösung befürchtet.

Ein zweiter Einwand gegen eine Akzessorietät zwischen Unlauterkeit und Vertragsbindung wird aus der Rechtssystematik der Vertragsauflösungsrechte des BGB und deren Verhältnis zum UWG abgeleitet. Außerhalb des Kanons an allgemein zivilrechtlichen Nichtigkeitsgründen, Unwirksamkeitsgründen, Anfechtungsgründen, Widerrufsrechten und Kündigungsrechten sei unbedingt von der Bestandskraft der Verträge auszugehen. Es ist sicherlich zutreffend, dass eine lauterkeitsrechtliche Sanktion, die die Vertragsbindung berührt, mit der Rechtssystematik des BGB auszubalancieren ist und nicht zu einer Aushöhlung der zivilrechtlichen Vertragsbindung führen darf. Folge des lauterkeitsrechtlichen Verbraucherschutzes darf kein allgemeines Reurecht des Verbrauchers sein.

b) Zum Einwand der Rechtsunsicherheit

Eine Fallkonstellation einer Rechtsunsicherheit über die Wirksamkeit von Verbraucherverträgen und die Gefahr einer systemwidrigen Normierung eines allgemeinen Reurechts zu Gunsten der Verbraucher besteht dann nicht, wenn es sich bei einer unlauteren geschäftlichen Handlung um einen zielgerichteten Eingriff in ein Verbraucherrecht – wie bei der verbotenen Telefonwerbung in das Persönlichkeitsrecht – eines einzelnen konkreten Verbrauchers handelt. Das ist bei dem Unlauterkeitstatbestand der verbotenen Telefonwerbung der Fall, bei dem die Bestätigungslösung das Verhältnis von Unlauterkeit und Vertragsbindung sachgerecht austariert. Bei der Werbung mit Telefonanrufen gegenüber Verbrauchern ohne deren Einwilligung nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 UWG besteht eine Rechtsunsicherheit über die Wirksamkeit von Verbraucherverträgen für das werbende Unternehmen gerade nicht. Diese Art der Telefonwerbung richtet sich in einem einzelnen Telefonat zielgerichtet und unmittelbar an einen bestimmten Verbraucher und nicht an eine unbestimmte Vielzahl von Verbrauchern.

Die Abhängigkeit der Rechtswirksamkeit des Verbrauchervertrages von einer Verbrauchererklärung in Textform betrifft ausschließlich einen ganz bestimmten Vertrag. Die Risikoverteilung, die hinsichtlich des Vorliegens und der Reichweite einer vorherigen und ausdrücklichen Einwilligung des Verbrauchers in das konkrete Telefonat des Unternehmers besteht, geht sachgerecht zu Lasten des Unternehmers. Der Nichteintritt einer Vertragsbindung des Verbrauchervertrags als eines Individualvertrags ist angemessene

Rechtsfolge des lauterkeitsrechtlichen Deliktstatbestands eines Eingriffs in die Privatsphäre des Verbrauchers. Es liegt Lauterkeitsunrecht im Sinne eines Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht als eines Individualrechts und damit ein lauterkeitsrechtlicher Eingriffstatbestand in ein Verbraucherrecht vor. Der Unternehmer missachtet die Dispositionsfreiheit des Verbrauchers über seine Privatsphäre. Bei der Normierung einer Verbraucherbestätigung als Rechtswirkungsvoraussetzung geht es nicht um den Schutz der Privatautonomie im Sinne von Vertrags(gestaltungs)freiheit, sondern um den Freiheitsschutz im Sinne von Rechtsgüterschutz des Individuums. Der Nichteintritt der Vertragsbindung ist eine Sanktion des Lauterkeitsdeliktsrechts und nicht ein Instrument der Vertragskorrektur.

c) Zum Einwand eines rechtssystematischen Wertungswiderspruchs

Das Argument, die Bestätigungslösung führe zu nicht unerheblichen Wertungswidersprüchen, vermag nicht zu überzeugen. Es wird vorgetragen, die Einflussnahme auf den Willensbildungsprozess des Verbrauchers, die bei einem Werbeanruf ohne Einwilligung des Verbrauchers erfolge, stehe weder einer arglistigen Täuschung noch einer widerrechtlichen Drohung gleich. Es sei deshalb nicht gerechtfertigt, an die verbotene Telefonwerbung eine gravierendere Rechtsfolge (Rechtswirksamkeit unter dem Vorbehalt einer Bestätigung) als an die arglistige Täuschung im Sinne des § 123 Abs. 1 BGB (Anfechtbarkeit) anzuknüpfen.

Bei dieser Argumentation wird der rechtliche Zusammenhang zwischen Vertragsrecht und Lauterkeitsrecht, der nach der Begründung zu dem Gesetzentwurf gerade auch bei der vertragsrechtlichen Bestätigungslösung innerhalb des BGB aufrechterhalten wird (vgl. dazu oben I. 2. b)), missachtet. Der Schutz der Entschliebungsfreiheit des Verbrauchers in dem Sinne, bei der Telefonwerbung gleichsam aus Gründen einer Abwehr der unzumutbaren Belästigung nicht zu einem ungewollten oder auch nachteiligen Vertragsschluss überumpelt oder auch nur veranlasst zu werden, stellt nur eine mittelbare Folge und gleichsam einen Reflex des Schutzes der Privatsphäre des Verbrauchers dar. Schutzgut des Verbots der Telefonwerbung ist die Privatsphäre des Verbrauchers und damit das Persönlichkeitsrecht des konkreten Verbrauchers.

Der Persönlichkeitsrechtsschutz verlangt, dass die Einwilligung, die Grundlage einer Disposition des Rechtsgutsträgers über sein Rechtsgut darstellt, als Tatbestandsausschlussgrund klar, eindeutig und zweifelsfrei vorliegen muss, und dass ohne Vorliegen einer vorherigen ausdrücklichen Einwilligung der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Verbrauchers keine Rechtsbindung zu begründen vermag.

3. Praktikabilität und Effizienz der Bestätigungslösung

In der „Stellungnahme der Bundesregierung zu dem Entwurf des Bundesrates für ein Gesetz zur Fortentwicklung des Verbraucherschutzes bei unerlaubter Tele-

fonwerbung“ (BT-Drs. 17/6482 vom 06.07.2011, Anlage 2, S. 19) wird der Bestätigungslösung, wie schon in dem Gesetzgebungsverfahren des Jahres 2009 – Unpraktikabilität und Ineffizienz der Bestätigungslösung –, vorgehalten, sie sei in der Praxis schwer handhabbar, da die Frage, ob eine wirksame Einwilligung des Verbrauchers im Zeitpunkt des Anrufs vorliege, weder für den Unternehmer noch für den Verbraucher immer einfach zu beantworten sei. Dem ist nachdrücklich entgegenzuhalten, dass es gerade Sinn und Zweck eines verbraucherschützenden Lauterkeitsrechts ist, dieses Risiko dem Unternehmer und nicht dem Verbraucher zu übertragen.

Das machen gerade die von der Bundesregierung angeführten Beispiele anschaulich. Verwiesen wird auf die Fälle, in denen eine zunächst wirksame Einwilligung des Verbrauchers in die Telefonwerbung nach Verstreichen einer längeren Zeitspanne nicht mehr wirksam sei oder in denen der konkrete Werbeanruf von einer tatsächlich abgegebenen Einwilligung inhaltlich nicht mehr erfasst werde. Das sind nun aber genau die Fallkonstellationen, in denen die Bestätigungslösung die Risikoverteilung zu Lasten des Unternehmers regeln soll, wie es einem verbraucherschützenden Privatrecht und Lauterkeitsrecht angemessen ist.

III. Lokalisierung der Bestätigungslösung im BGB – Die Einkleidung des Papiertigers?

Die Teleologie einer befristeten Bestätigungserklärung des Verbrauchers in Textform als Rechtswirkungsvoraussetzung eines telefonisch abgeschlossenen Vertrages bei unerlaubter Telefonwerbung ist unabhängig von dem Ort der Normierung im UWG, wie im Gesetzgebungsverfahren des Jahres 2009 vorgeschlagen, oder im BGB, wie im Gesetzentwurf des Jahres 2011 vorgeschlagen. Die Begründung des Gesetzentwurfs betont deshalb zutreffend den sachlichen Zusammenhang des Unlauterkeitstatbestands des § 7 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 UWG mit der Regelung der Bestätigungslösung im Anschluss an die Grundnorm des § 312b BGB (vgl. dazu oben I. 2. b)). Es wird ausdrücklich auf den weitgehenden Gleichlauf der Tatbestandsmerkmale verwiesen. Nachdrücklich ist deshalb zu begrüßen, dass das Erfordernis der vorherigen ausdrücklichen Einwilligung des Verbrauchers im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 UWG dahin ergänzt wird, dass die Einwilligung des Verbrauchers in Textform im Sinne des § 126b BGB vorliegen muss.

Die Gefahr des Gesetzesvorschlages für die Effizienz des Verbraucherschutzes liegt nicht in der Lokalisierung der Bestätigungslösung im BGB, die den Normzweck einer lauterkeitsrechtlichen Sanktion aufrecht erhält, sondern in der Wortwahl der Begründung des Gesetzentwurfs, soweit sie sich auf die inhaltliche Reichweite der Einwilligung des Verbrauchers bezieht, ohne diese zum Regelungsgegenstand des Gesetzentwurfs zu machen. In der Begründung wird formuliert,

die Einwilligung müsse sich ausdrücklich auf „Werbeanrufe“ beziehen (Seite 11) und die Einwilligung des Verbrauchers zur „Telefonwerbung“ müsse in Textform vorliegen.

Die Bestätigung als Rechtswirkungsvoraussetzung eines telefonischen Vertragsschlusses stellt nur dann eine effektive Verbraucherschutzsanktion dar, wenn sie nicht mit einer allgemein formulierten Einwilligung in „Werbeanrufe“ oder in „Telefonwerbung“ ausgehebelt werden kann. Wenn die Gesetzesbegründung zu den rechtlichen Anforderungen an die vorherige und ausdrückliche Einwilligung in Textform im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 UWG als Auslegungsdirektive zum Rechtsinhalt der Einwilligung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 UWG maßgeblich sein soll, dann wird insgesamt der Unlauterkeitstatbestand der verbotenen Telefonwerbung zum Papiertiger.

Es ist umgekehrt vielmehr erforderlich, zumindest in der Gesetzesbegründung klarzustellen, dass an das Vorliegen einer Einwilligung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 UWG strenge Anforderungen zu stellen sind und sich die Einwilligung auf einen Vertragsabschluss oder eine Vertragsänderung der konkreten Vertragsart beziehen muss. In der Begründung des Gesetzentwurfs zur vorgeschlagenen Änderung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 UWG wird zutreffend festgestellt (S. 13), die Einwilligung des Verbrauchers in Textform Sorge für mehr Rechtsklarheit und Rechtssicherheit, wenn *Gegenstand und Reichweite* der vom Verbraucher erteilten Einwilligung auf einem Dokument nachzuweisen sind. Es ist dem Gesetzgeber nachhaltig zu empfehlen, die Gelegenheit der Gesetzesänderung wahrzunehmen, die Auslegungskontroverse in Schrifttum und Rechtsprechung über den Rechtsinhalt einer Einwilligung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 UWG (vgl. zum Inhalt der Einwilligung ausführlich *Mankowski*, in: Fezer, a. a. O., § 7 UWG, Rn. 137 ff.; auch *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, § 7 UWG, Rn. 135) zu entschärfen oder gar zu beenden, indem die gesetzlichen Voraussetzungen an den Rechtsinhalt der Einwilligung und damit deren Gegenstand und Reichweite im Wortlaut der Vorschrift mit einem entsprechenden Zusatz formuliert werden.

IV. Ausblick

Nach der Evaluierung des Gesetzes zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung des Jahres 2009 ist eine gesetzliche Normierung der Bestätigungslösung, wie in dem vorliegenden Gesetzentwurf des Bundesrats vorgeschlagen, im Interesse einer effektiven Verstärkung des lauterkeitsrechtlichen Verbraucherschutzes nachhaltig zu begrüßen. Es wird vorgeschlagen, ergänzend die gesetzlichen Anforderungen an die Einwilligung des Verbrauchers im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 UWG rechtsinhaltlich zu konkretisieren. ■

Anm. d. Red.: Weiterführende Linkhinweise finden Sie in der Online-Version dieses Beitrags.

Gegen die Bestätigungslösung bei Folgeverträgen unzulässiger Telefonwerbung

Professor Dr. Ansgar Ohly, LL.M. (Cambridge), Universität Bayreuth

Der Bundesrat fordert die Einführung der Bestätigungslösung für Folgeverträge unzulässiger Telefonwerbung. Dieser Vorschlag überzeugt heute ebenso wenig wie in den Jahren 2008 und 2009, als ihn die Länderkammer schon einmal unterbreitete. Die Bestätigungslösung stünde im Widerspruch zur Systematik des Schuld- und des Lauterkeitsrechts, würde die Transparenz des Verbraucherrechts beeinträchtigen und hätte praktische Nachteile.

I. Der Bundesrats-Entwurf

Nach bisherigem Recht steht einem Verbraucher, der einen Fernabsatzvertrag abgeschlossen hat, ein Widerrufsrecht zu (§§ 312d Abs. 1, 355 BGB). Diese Regelung gilt unabhängig vom verwendeten Fernkommunikationsmittel (Telefon, E-Mail, Internet, Brief) und hängt nicht davon ab, ob dem Vertragsschluss ein unlauteres Verhalten des Unternehmers vorangegangen ist. Wer als Unternehmer bei einem Verbraucher ohne dessen Einwilligung zu Werbezwecken anruft, verstößt gegen § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG, setzt sich damit Ansprüchen gemäß §§ 8 bis 10 UWG aus und begeht eine Ordnungswidrigkeit (§ 20 Abs. 1 UWG), doch für den Folgevertrag gilt die allgemeine Widerrufslösung des § 312d Abs. 1 BGB.

Der Bundesrat strebt den Übergang zur Bestätigungslösung an: Folgeverträge unzulässiger Telefonwerbung sollen zwar nicht vollends nichtig (hierfür *Fezer*, WRP 2007, 855, 859 ff.), wohl aber schwebend unwirksam sein (BR-Drs. 271/11 vom 27.05.2011, S. 1, 10f.). Die telefonisch abgegebene Willenserklärung des Verbrauchers wird demnach erst wirksam, wenn er sie gegenüber dem Unternehmer binnen zweier Wochen in Textform bestätigt. Das gilt nicht, wenn der Unternehmer darlegt und beweist, dass die Initiative nicht von ihm ausgegangen ist, dass der Anruf nicht Werbezwecken diene oder dass der Verbraucher vorher in den Anruf eingewilligt hat. Neben Änderungen des § 20 UWG und des RDG soll zudem § 7 II Nr. 2 UWG dahingehend verschärft werden, dass die Einwilligung in Textform erteilt werden muss.

Nur am Rande sei bemerkt, dass es sich bei der Einwilligung, anders als die Verfasser des Entwurfs meinen (a.a.O., S. 11), nicht um einen Fall des § 183 BGB handelt, obwohl man sie gleichwohl als Willenserklärung einordnen kann. § 183 BGB regelt die Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft, das ohne sie unwirksam wäre, in § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG geht es um die Gestattung eines tatsächlichen Verhaltens, das ohne die Einwilligung rechtswidrig wäre (BGH, NJW 1959, 811; *Ohly*, *Volenti non fit iniuria* – die Einwilligung im Privatrecht, 2002, S. 3 f., 344; so bereits *Zitelmann*, AcP 99 (1906) 1, 58).

Die Begründung nimmt nicht zur Vereinbarkeit des Entwurfs mit dem Unionsrecht Stellung. Sie ist aller-

dings zu bejahen. Bisher ist das Widerrufsrecht des Verbrauchers bei Fernabsatzverträgen dem nationalen Gesetzgeber durch Art. 6 der Fernabsatzrichtlinie (RL 97/7/EG) vorgegeben. Die Richtlinie setzt aber nur einen Mindeststandard, erlaubt also strengere Regelungen zu Gunsten des Verbrauchers. Das wird sich vermutlich demnächst ändern. Das Europäische Parlament hat am 23.06.2011 einer Richtlinie über die Rechte der Verbraucher zugestimmt, in der die Fernabsatzrichtlinie und die Richtlinie über Haustürgeschäfte (RL 85/577/EWG) zusammengefasst und dem Grundsatz der vollständigen Harmonisierung unterworfen werden sollen. Der vom Parlament verabschiedete Text (P7 TA(2011)0293) enthält aber in Art. 8 Abs. 6 eine Ausnahmeregelung, die fast schon auf die gegenwärtige Gesetzgebungsinitiative zugeschnitten scheint: Mitgliedstaaten können vorsehen, dass telefonisch abgeschlossene Verträge erst nach Bestätigung wirksam werden. Dass Deutschland durch die Abweichung von der allgemein vorgesehenen Widerrufslösung den Harmonisierungszweck der neuen Richtlinie teilweise untergraben würde, steht auf einem anderen Blatt.

Mit seinem Entwurf unternimmt der Bundesrat innerhalb von zwei Jahren bereits den zweiten Anlauf zur Einführung der Bestätigungslösung. Er hatte sie schon bei den Beratungen zum Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung von 2009 gefordert (damals als § 7 Abs. 4 n.F. UWG: BT-Drs. 16/10734 vom 31.10.2008, S. 19 ff., dafür *Fezer*, in: *Fezer*, *Lauterkeitsrecht*, Kommentar zum UWG, 2. Aufl. 2010, Einl. E, Rn. 202 ff.), konnte sich mit diesem Vorschlag im Gesetzgebungsverfahren aber nicht durchsetzen. Die Bundesregierung verwies in ihrer Gegenäußerung auf Wertungswidersprüche zur Systematik der Anfechtungsrechte und auf praktische Schwierigkeiten (BT-Drs. 16/10734, S. 24, ebenso *Köhler*, WRP 2007, 866 ff.). An der Berechtigung dieser Argumente hat sich seitdem nichts geändert.

II. Systematische Bedenken

Dem Schutz der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit dienen im Zivilrecht in erster Linie die Vorschriften über die Anfechtung (§§ 119 ff. BGB) und über das Widerrufsrecht des Verbrauchers (§§ 312, 312d, 485, 495, 510 BGB i. V.m. § 355 BGB). Diesen Bestimmungen ist gemeinsam, dass eine Willenserklärung auch dann wirksam ist, wenn sie von einem Willensmangel beeinflusst oder in einer Situation eingeschränkter Entscheidungsfreiheit abgegeben wurde. Die vorläufige Bindung an die Willenserklärung ist Korrelat der Vertragsfreiheit. Der Betroffene kann sich aber vom Vertrag lösen, hat also die Wahl, ob er den Vertrag trotz des Willensmangels gelten lassen oder ihn beseitigen möchte. Das gilt selbst dann, wenn die Erklärung auf einem Betrug oder einer Drohung beruht. Auch in die-

sem Fall ist sie lediglich gemäß § 123 BGB anfechtbar (BGH, NJW 2008, 982, Rn. 11). Auch Schadensersatzansprüche aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB, § 823 BGB Abs. 2 i. V. m. § 263 StGB oder aus § 826 BGB führen nicht zur Nichtigkeit des Vertrags, sondern erlauben es dem Erklärenden nur, im Wege der Naturalrestitution (§ 249 Abs. 1 BGB) Befreiung von der Verbindlichkeit zu verlangen.

Ein Blick auf die Systematik des UWG bestätigt diesen Befund. Kern des lauterkeitsrechtlichen Verbraucherschutzes ist der Schutz der Entscheidungsfreiheit. Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken („UGP-RL“), die im Wesentlichen durch die §§ 3, 4 Nr. 1 ff., 5 und 5a UWG umgesetzt wird, schützt Verbraucher vor irreführenden und aggressiven Geschäftspraktiken und erklärt eine Geschäftspraxis allgemein für unlauter, wenn sie den Erfordernissen der beruflichen Sorgfaltspflicht widerspricht und geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers wesentlich zu beeinträchtigen (Art. 5 Abs. 2 UGP-RL). Folgeverträge unlauterer geschäftlicher Handlungen sind aber trotz einer solchen unlauteren Beeinflussung keineswegs gemäß §§ 134, 138 BGB nichtig, sondern grundsätzlich wirksam (BGH, GRUR 1990, 522, 528 – „HBV-Familien- und Wohnungsrechtsschutz“; *Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, 2007, S. 892 ff.; *Ohly*, in: Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, 5. Aufl. 2010, Einf. D, Rn. 67 f. beide m. w. N.). Natürlich kann man über einen grundlegenden Systemwechsel nachdenken. Denkbar wäre es, die verbraucherschützenden Bestandteile des UWG und die §§ 312 ff. BGB zu einem Verbraucherschutzgesetz zusammenzufassen, das einheitlich neben der Verbandsklage individuelle Abwehrensprüche der Verbraucher und eine Nichtigkeit von Folgeverträgen vorsieht. Solange es aber nicht zu einem solchen Paradigmenwechsel kommt, wäre es ungereimt, für einen Spezialfall der unlauteren Beeinflussung des Verbraucherverhaltens andere Rechtsfolgen vorzusehen als für Irreführungen, Drohungen, Haustürverträge oder Internet-Geschäfte.

Allerdings schützt § 7 UWG nicht die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher, sondern nur ihre Privatsphäre. Das ist zwar umstritten, doch sprechen die besseren Gründe dafür, den Schutz vor unlauterer „Überrumpelung“ lediglich nach dem sachnäheren § 4 Nr. 1 UWG zu beurteilen (*Ohly*, in: Piper/Ohly/Sosnitza, § 7 Rn. 1; a. A. *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, 29. Aufl. 2011, § 7 Rn. 2, 10; *Mankowski*, in: Fezer, § 7 Rn. 43). § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG verbietet die Telefonwerbung ohne Einwilligung nämlich unabhängig davon, ob sie die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers beeinträchtigt oder auch nur in hartnäckiger Weise (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG, Nr. 26 Anh. I zur UGP-RL) erfolgt. Würde es sich hier um einen Schutz der Entscheidungsfreiheit handeln, so ginge das deutsche Recht über das Schutzniveau der UGP-RL hinaus. Da die Richtlinie eine vollständige Harmonisierung anordnet (hierzu zuletzt EuGH, GRUR 2011, 76 Tz. 30 – „Mediaprint“ = GRUR-Prax 2010, 538 [*Dönch*]), wäre § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG unionsrechtswidrig. Das kategorische Verbot der Telefonwer-

bung ohne Einwilligung ist nur unter dem Gesichtspunkt zu rechtfertigen, dass die UGP-RL in Verbindung mit Art. 13 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (RL 2002/58/EG) abgesehen vom Schutz der Entscheidungsfreiheit Verbote zum Schutz der Privatsphäre erlaubt (Erwägungsgrund 7 und Art. 3 Abs. 4 UGP-RL).

Wenn nun auch die Bestätigungslösung vorwiegend dem Schutz der Privatsphäre diene, ließe sich der oben dargestellte Wertungswiderspruch möglicherweise vermeiden (so *Fezer*, in: Fezer, Einl. E, Rn. 206). Diese Argumentation überzeugt indes nicht. Der Eingriff in die Privatsphäre, der mit dem störenden Telefonanruf einhergeht, erfolgt unabhängig davon, ob anschließend ein Vertrag geschlossen wird. Auch wenn verlässliche empirische Informationen fehlen, dürfte es sogar in der großen Mehrzahl aller Fälle nur zur Störung, nicht jedoch zum anschließenden Vertragsschluss kommen. Insoweit ist es schief, wenn im Gesetzentwurf des Bundesrats von der Anzahl der Beschwerden über unerlaubte Telefonwerbung auf eine verbreitete Gefahr der Überrumpelung von Verbrauchern am Telefon geschlossen wird (a. a. O., S. 1 f.). Der Eingriff in die Privatsphäre löst gemäß § 823 Abs. 1 BGB einen Schadensersatzanspruch wegen einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus, kann aber durch eine spätere Unwirksamkeit des Folgevertrags nicht mehr kompensiert werden. Wird daher die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers durch die Bestätigungslösung erweitert, um den Eingriff in die Privatsphäre zu sanktionieren, so kommt es zu einer Rechtsgutsvertauschung (so auch *Nemeczek*, WRP 2011, 530, 531). Allerdings betont die Begründung des Bundesratsentwurfs mehrfach, dass es nicht um den Schutz der Privatsphäre, sondern um wirksame Vorkehrungen gegen die Gefahr der Überrumpelung am Telefon geht, zielt also eindeutig auf den Schutz der Entscheidungsfreiheit. Daher bleibt es dabei, dass die Bestätigungslösung einen Wertungswiderspruch zu den §§ 123, 312 und 312d BGB und zur Systematik des UWG darstellen würde.

Nun ist nicht zu verkennen, dass systematischen Argumenten in der tagespolitischen Diskussion oft keine besondere Überzeugungskraft zukommt. Zu Zeiten, in denen aus Sicht etlicher Politiker selbst die Bezeichnung „Professor aus Heidelberg“ alles andere als ein ehrenhafter akademischer Titel ist, klingen derartige Überlegungen verstaubt und im unangenehmen Sinne professoral. Dennoch gibt es zwei entscheidende Gründe dafür, dass auch im Verbraucherrecht systematische Stimmigkeit ein Ziel guter Gesetzgebung sein sollte. Erstens führen Wertungswidersprüche zu einer im Lichte von Art. 3 I GG bedenklichen Ungleichbehandlung. Zweitens bedeutet Systematik auch Einfachheit und Vorhersehbarkeit für die Praxis. Da viele Verbraucher ihre Rechte nicht genau kennen, ist gerade die Aufklärung eine wichtige Aufgabe der Verbraucherpolitik. Sie fällt aber umso schwerer, je unübersichtlicher und widersprüchlicher die Verbraucherrechte geregelt sind. Damit ist der zweite Teil dieses Plädoyers erreicht.

III. Praktische Bedenken

Gegen die Bestätigungslösung sprechen auch gewichtige praktische Argumente (so bereits die Gegenäußerung der Bundesregierung zum Vorschlag von 2009, BT-Drs. 16/10734 vom 31.10.2008, S. 24 und *Köhler*, NJW 2009, 2567, 2570). Der erste Gesichtspunkt wurde bereits erwähnt: Die Bestätigungslösung beeinträchtigt die Transparenz des Verbraucherrechts. Während sich mit der weiten Verbreitung des Online-Handels Verbraucher weithin an das Recht zum Widerruf binnen zweier Wochen gewöhnt haben, würde die Bestätigungslösung Verbraucher verwirren, zumal sie nur eine bestimmte Form des Fernabsatzes erfassen würde.

Zweitens wäre der Vertrag auch ohne Bestätigung wirksam, wenn der Verbraucher eingewilligt hat oder die Initiative zum Vertragsschluss von ihm ausgegangen ist. Zwar trägt nach dem Entwurf der Unternehmer für beides die Beweislast, doch wird der Verbraucher die Erfüllung des Vertrags praktisch nur dann verweigern, wenn er sich sicher ist, nicht zuvor wirksam in den Eingriff eingewilligt zu haben. Da Einwilligungserklärungen aber in AGB aufgenommen werden dürfen, wenn sie dort gesondert angekreuzt werden können (BGH, GRUR 2008, 1010 Rn. 27 – „Payback“ = FD-GewRS 2008, 263576 [*Maaßen*]), haben viele Verbraucher ihre Einwilligung erteilt, ohne darüber im Einzelnen nachgedacht oder die Erklärung auch nur aufbewahrt zu haben. Auch ist nicht immer klar zu beurteilen, wer aus welchem Grund die Initiative zum Vertragsschluss ergriffen hat. Wer sich als Verbraucher auf die Unwirksamkeit des Vertrags im Streitfall berufen möchte, braucht rechtliche Kenntnisse und viel Selbstbewusstsein.

Drittens kann die Bestätigungslösung zur Unwirksamkeit von Verträgen führen, die beide Teile fälschlich für wirksam halten. Das ist gerade im Fall von Telefonaten innerhalb laufender Geschäftsbeziehungen zwischen Verbrauchern und kleinen Unternehmen keineswegs ein theoretisches Szenario. Der Grundsatz des BGB, dass auch von Willensmängeln beeinflusste Erklärungen zunächst wirksam sind, entspricht auch der Parallelwertung in der Laiensphäre. Nimmt der Verbraucher fälschlich an, einen wirksamen Vertrag geschlossen zu haben, so verlässt er sich möglicherweise zu Unrecht auf dessen Erfüllung. Handelt es sich um einen Kaufvertrag und wurde die Sache bereits übergeben, so führt die Bestätigungslösung sogar dazu, dass der Käufer ohne Gewährleistungsrechte dasteht. Umgekehrt erscheint der Verweis auf § 241 a BGB, den der Entwurf vorsieht, gerade dann als unverhältnismäßig, wenn ein kleiner oder mittlerer Unternehmer es versäumt, innerhalb von 14 Tagen die Bestätigung einzuholen, oder wenn der Verbraucher sie verzögert. In diesem Fall werden dem Unternehmer, der unvorsichtigerweise vorleistet, auch gesetzliche Rückgewähransprüche entzogen, sofern nicht § 241 a Abs. 2 BGB eingreift.

Viertens ist zweifelhaft, ob die Bestätigungslösung die unerlaubte Telefonwerbung tatsächlich wesentlich wür-

de eindämmen können. Von ungewollten Vertragsschlüssen am Telefon sind nicht zuletzt unsichere und schlecht informierte Verbraucher betroffen. Umgekehrt zielt der Entwurf auf „schwarze Schafe“ und „unseriös handelnde Unternehmer“ (so ausdrücklich BR-Drs. 271/11, S. 2, 6), die bewusst gegen geltendes Recht verstoßen. In dieser Konstellation liegt es nahe, dass der Unternehmer der gesetzlichen Neuregelung zum Trotz einen wirksamen Vertrag behauptet und Druck auf den Verbraucher ausübt, um ihn zur Zahlung zu bewegen. Denkbar ist auch, dass Anbieter versuchen, dem Verbraucher in der anschließenden schriftlichen Bestätigung zusätzliche Klauseln „unterzujubeln“, von denen am Telefon nicht die Rede war. Außerdem sind weitere Störungen programmiert, wenn der Unternehmer ein Interesse daran hat, den Verbraucher zur Unterschrift der Bestätigung zu bewegen (ebenso *Fezer*, WRP 2007, 855, 862).

IV. Ausblick: Ruhige Hand oder Gebot des schnellen Handelns im Verbraucherrecht?

Der Takt der Gesetzgebung zum Verbraucherschutz wird immer schneller. Während zahlreiche Vorschriften des BGB mehr als 100 Jahre unverändert überdauert haben, wurde allein § 312 d BGB seit der Schuldrechtsreform von 2002 schon viermal geändert. Außerdem hat der Gesetzgeber seit einiger Zeit das Vertragsrecht als Mittel entdeckt, um unlautere geschäftliche Handlungen zu sanktionieren. Paradebeispiele sind die §§ 241 a und 661 a BGB. Sie vertragen sich schlecht mit der Systematik des Schuldrechts und werden daher in der Zivilrechtswissenschaft heftig kritisiert (vgl. *Flume*, ZIP 2000, 1427; *G. Chr. Schwarz*, NJW 2001, 1449). Doch offenbar gilt im Verbraucherrecht das Gebot des schnellen Handelns: Die Politik beweist ihre Tatkraft, indem sie aktuelle Missstände unbekümmert um systematische Stimmigkeit zügig bekämpft.

Der Entwurf des Bundesrats fügt sich in diese Tendenz. Obwohl erst vor zwei Jahren ein Maßnahmenpaket zur Bekämpfung unzulässiger Telefonwerbung in Kraft getreten ist, werden schon jetzt neue und schärfere Maßnahmen gefordert. Der Sache nach würde es sich um die fünfte Änderung des § 312 d BGB handeln, auch wenn formal eine neue Norm mit der bezeichnenden Nummer § 312 b₁ BGB vorgesehen ist. Diese Maßnahmen stehen im Widerspruch zur Systematik des Schuldrechts und des Lauterkeitsrechts. Demgegenüber stellt die Widerspruchslösung ein seit vielen Jahren etabliertes, einfaches und im Fernabsatz universell anwendbares Instrument des Verbraucherschutzes dar, das nicht leichtthin ausgehöhlt werden sollte. Auch wenn die Systematik des BGB möglicherweise in erster Linie Professoren beeindruckt, ist auch im Verbraucherrecht der Gesetzgeber gut beraten, wenn er auf aktuelle Probleme mit Augenmaß und ruhiger Hand reagiert. ■

Anm. d. Red.: Weiterführende Linkhinweise finden Sie in der Online-Version dieses Beitrags.

Bewertungsportale als Datenbanken – Wie weit reicht der Schutz des Datenbankherstellers im Internet?

Professor Dr. Andreas Wiebe, LL. M. (Virginia), Universität Göttingen

Die Entscheidung „Zweite Zahnarztmeinung II“ des Bundesgerichtshofs bringt weitere Klarstellungen bei der Auslegung von Gegenstand und Umfang des Sui-generis-Schutzes von Datenbanken (Urteil vom 01.12.2010 – I ZR 196/08 (OLG Köln), BeckRS 2011, 13867 = GRUR-Prax 2011, 299 [Lüff]). Der Beitrag zeigt anhand dieser Entscheidung auf, wie weit der Schutz des Datenbankherstellers im Internet reicht und beleuchtet die in der Rechtsprechung zu erkennenden Tendenzen zu einer weiteren Schutzausweitung kritisch.

I. Ausgangsfall

Die Klägerin betreibt ein Internetportal, auf dem Patienten zum Zwecke des Preisvergleichs Kostenpläne ihrer Zahnärzte und Bewertungen der tatsächlichen Leistung der registrierten Zahnärzte einstellen können. Die Beklagte betreibt ein vergleichbares Portal, auf dem etwa 20 der bei der Klägerin registrierten 800 Zahnärzte verzeichnet sind. Die Beklagte teilte den bei ihr registrierten Zahnärzten mit, dass eine parallele Registrierung und Einstellung der Bewertung durch Patienten bei beiden Portalen zulässig sei. Später wurde festgestellt, dass etwa 350 Bewertungen bei der Beklagten gleich oder ähnlich denjenigen bei der Klägerin waren, bei der insgesamt 3.500 Bewertungen gespeichert waren. Hierdurch sieht die Klägerin sich in ihrem Recht als Datenbankherstellerin verletzt.

Der BGH hat das zweitinstanzliche, klageabweisende Urteil aufgehoben und die Sache an das OLG Köln zurückverwiesen. Er hat die Entscheidung genutzt, um wichtige Tatbestandsmerkmale des Sui-generis-Rechts für Datenbanken und damit dessen Schutzzumfang zu konkretisieren.

II. Geschützte Investitionen

Für Datenbankhersteller ist von zentraler Bedeutung, ob die von ihnen erbrachten Investitionen schutzfähig nach § 87a Abs. 1 UrhG sind. Schutzfähig sind dem BGH zufolge nicht nur Investitionen finanzieller Art, sondern auch solche, die den Einsatz technischer Mittel und menschlicher Ressourcen erfordern (Tz. 18). Nicht schutzfähige Aufwendungen für die bloße Generierung der Daten sind von solchen für deren Beschaffung, Überprüfung und Darstellung abzugrenzen.

Geben Nutzer (personenbezogene) Daten in ein vom Datenbankbetreiber vorgegebenes Formular ein und werden diese Daten dann auf dem Server des Betreibers gespeichert (wie in der Praxis häufig der Fall), handelt es sich dabei noch um einen Vorgang in der Phase der Datengenerierung. Erst die Erfassung der Daten durch die Software und deren folgende Darstellung gehören

nach der Entscheidung des BGH zu den Kosten der Sammlung und Darstellung, die berücksichtigungsfähig sind. Das gilt auch für die Überprüfung der Daten auf ihre Einstellungsfähigkeit, die zu den Investitionen in die Überprüfung des Inhalts gerechnet werden (Tz. 21).

Datenbankhersteller sollten daher die Abläufe bei der Erhebung der Daten genau dokumentieren, um im Zweifelsfall nachweisen zu können, dass und in welchem Ausmaß sie selbst berücksichtigungsfähige Investitionen vorgenommen haben.

Ein weiterer Schwerpunkt der Entscheidung betrifft die Wesentlichkeit der Investitionen als Schutzvoraussetzung nach § 87a Abs. 1 Satz 1 UrhG. Der BGH geht von einer niedrigen Schutzwelle aus und lässt es (Datenbankhersteller-freundlich) ausreichen, wenn keine „ganz unbedeutenden, von jedermann leicht zu erbringenden Aufwendungen“ vorliegen. Schon die Personalkosten für die Überprüfung der Bewertungen sollen insofern genügen (Tz. 24). Für die Praxis bedeutet dies, dass nur die Kosten für das Personal, das zur Erstellung und/oder Überprüfung der Aktualität der Datenbanken abgestellt wird, darzulegen sind.

III. Schutzzumfang

1. Entnahme eines wesentlichen Teils

Hinsichtlich des Schutzzumfangs kommt es nach § 87b Abs. 1 Satz 1 UrhG darauf an, ob ein wesentlicher Teil der Datenbank übernommen wurde. Hier wird die Wesentlichkeit in qualitativer Hinsicht nach dem Umfang der Investitionen in den übernommenen Teil im Verhältnis zur gesamten Datenbank bestimmt, in quantitativer Hinsicht in dem entsprechenden Verhältnis des Datenvolumens (EuGH, GRUR 2005, 244 – „BHB-Pferdewetten“; EuGH, GRUR 2009, 572 – „Apis/Lakorda“). Diese Kriterien konkretisiert der BGH jetzt in quantitativer Hinsicht und nimmt bei einem Zehntel noch keine Wesentlichkeit an (Tz. 29). Das ist zumindest als Richtwert für die Praxis hilfreich. Wo letztlich die Untergrenze zu ziehen ist, bleibt allerdings offen.

Unternehmen, aus deren Datenbanken weniger als zehn Prozent der Datensätze entnommen wurden, können versuchen, die Wesentlichkeit qualitativ zu begründen. Sie müssen dann aber im Einzelnen darlegen, welche (erheblichen) Investitionen (etwa für die Änderung und Aktualisierung) in den jeweils (quantitativ vielleicht unwesentlichen) entnommenen Teil geflossen sind (vgl. BGH, GRUR 2009, 852 – „Elektronischer Zolltarif“). Auf den wertbildenden Charakter der Elemente kommt es dabei – anders als bei Strukturelementen – nicht an (vgl. Klarstellung des EuGH bereits in seiner ersten

Grundsatzentscheidung, GRUR 2005, 244 – „BHB-Pferdewetten“).

2. Sonderfälle der Entnahme

a) Manuelle Übertragung von Daten

Für das Vorliegen einer verbotenen Entnahmehandlung reicht es prinzipiell aus, wenn sich ein Teil der geschützten Datenbank auf einem anderen Datenträger wiederfindet. Das gilt auch dann, wenn die Daten manuell übertragen wurden (EuGH, GRUR 2008, 1077 – „Directmedia“) und selbst dann, wenn die Übertragung mittelbar über eine andere Quelle erfolgt ist, solange es sich um Daten handelt, die ursprünglich aus der geschützten Datenbank entnommen worden sind (BGH, GRUR 2009, 852 – „Elektronischer Zolllarif“ = FD-GewRS 2009, 285549 [*Schoene*]). Liegt der Ursprung der beim weiteren Anbieter eingestellten Daten nicht im Bereich der für den ursprünglichen Anbieter geschützten Datenbank, liegt ebenfalls keine verbotene Entnahmehandlung vor. Gleiches gilt für die öffentliche Wiedergabe nach § 87b Abs. 1 UrhG.

b) Erneute Eingabe von Daten durch den Nutzer

Keine verbotene Entnahmehandlung liegt jedoch vor, wenn Nutzer ihre Daten bei einem weiteren Anbieter (hier: bei der Beklagten) erneut eingeben. Denn dabei handelt es sich um einen Vorgang, der datenbankrechtlich relevante Investitionen nicht berührt, sondern im Vorfeld der Erstellung einer neuen Datenbank anzusiedeln ist, also in der Phase der Datengenerierung. Gleiches gilt, wenn der weitere Anbieter Daten (hier: die Bewertungen) direkt von den Nutzern (hier: von Patienten oder Zahnärzten) bekommt, jedenfalls dann, wenn diese die Bewertungen nicht aus dem Angebot des ursprünglichen Datenbankherstellers „herausgezogen“, sondern selbst als Datei gespeichert haben.

Einer weitgehenden Haftung des weiteren Anbieters – dessen Aufforderung an die Nutzer, die Daten parallel einzustellen, könnte ihm als Verletzungshandlung zuzurechnen sein; dabei ist auch an eine Anstiftung oder Beihilfe zu einer Entnahme oder Weiterverwendung durch die Nutzer oder sogar eine Störerhaftung zu denken – schiebt die Entscheidung des BGH somit einen Riegel vor.

Für die Praxis ist es daher von zentraler Bedeutung, ob der Nachweis gelingt, dass die in die angeblich verletzte Datenbank eingestellten Daten – auch mittelbar – auf die klägerische Datenbank rückführbar sind. Dies kann im Rahmen der allgemeinen Darlegungs- und Beweislast durchaus Probleme aufwerfen, wenn der Beklagte sich darauf beruft, die Daten aus anderen Quellen oder von Dritten bekommen zu haben. Hier sind auch die Grundsätze über einen Anscheinsbeweis heranzuziehen.

3. Verwertung unwesentlicher Teile

Auch die Entnahme oder Wiederverwendung unwesentlicher Teile der geschützten Datenbank kann (unter

weiteren Voraussetzungen) eine Rechtsverletzung begründen. Gerichte lassen die Frage der Wesentlichkeit der Entnahme gern dahinstehen und stützen sich auf die Übernahme solcher unwesentlicher Teile. Hierzu stellt der BGH klar, dass eine sukzessive Entnahme aus Gründen des Umgehungsschutzes bereits dann unter § 87b Abs. 1 Satz 1 UrhG fällt, wenn die Wesentlichkeitsschwelle insgesamt überschritten wird (Tz. 35). Diese Klarstellung ist besonders für Verwertungshandlungen im Internet relevant, bei denen häufig kleine Teile fortlaufend übernommen werden. Eine solche fortlaufende Entnahme kleiner Teile kann also bereits dann eine Verletzung darstellen, wenn die Summe dieser Entnahmen zwar unterhalb der Wesentlichkeitsschwelle bleibt, aber die fortlaufenden Entnahmehandlungen auf die Entnahme wesentlicher Teile „gerichtet“ ist und im Fall ihrer Fortsetzung eben dazu führen würden. Vorliegend bejaht der BGH dies, weil die Beklagte bestrebt sei, die Anzahl der auf ihrer Plattform vertretenen Ärzte soweit wie möglich zu steigern (Tz. 36). Diese – entgegen der bisher h.M. vorgenommene – Klarstellung lässt sich mit dem Wortlaut mit der Entscheidung des EuGH aus dem Jahre 2005 wohl noch vereinbaren, auch wenn diese wohl auch die Überschreitung der Wesentlichkeitsschwelle durch die bereits erfolgten Übernahmen gemeint hat (GRUR 2005, 244 Tz. 87, 89 – „BHB-Pferdewetten“).

Hersteller von Datenbanken mögen diese Sichtweise begrüßen. Zu beachten bleibt aber, dass die grundsätzliche Schutzfreiheit bei Entnahme unwesentlicher Teile die wesentliche Schrankenbestimmung des Sui-generis-Rechts darstellt, für das die urheberrechtliche Privatkopierfreiheit (jedenfalls bei elektronischen Datenbanken) und weitere Schranken nicht gelten. Einer Ausweitung des Schutzes durch die Gerichte sind daher enge Grenzen gesetzt. Datenbankhersteller müssen deshalb darlegen, dass neben einer schweren Beeinträchtigung ihrer Investitionen auch Tatsachen vorliegen, die begründen, dass sich die Entnahmehandlungen eignen, die Wesentlichkeitsschwelle zu überschreiten.

IV. Kritik

Die aktuelle Entscheidung des BGH zeigt eine Tendenz zur Ausweitung des Schutzzumfangs, die nicht nur angesichts der in der Evaluierung der Kommission zur Datenbankrichtlinie geäußerten Selbstzweifel der EU-Kommission am Sinn des Datenbankschutzes problematisch erscheint. Jede Ausweitung des Rechtsschutzes in diesem Bereich berührt unmittelbar den Informationszugang. Daher sollte die Rechtsprechung hier behutsam vorgehen. Letztlich ist aber der europäische Gesetzgeber gefordert, Versäumnisse beim Erlass der Richtlinie 96/9/EG nachzubessern. Dies betrifft sowohl die vage Gesetzesfassung als auch die Frage der angemessenen Schrankenregelungen. ■

Anm. d. Red.: Weiterführende Linkhinweise finden Sie in der Online-Version dieses Beitrags.

Rechtsprechung

Markenrecht

EuGH: Angabe des tatsächlich umpackenden Unternehmens ist nicht zwingend erforderlich

RL 89/104/EWG Art. 7 II

Art. 7 II der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21.12.1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken ist dahin auszulegen, dass er es dem Inhaber einer mit einem Arzneimittel verbundenen Marke, das Gegenstand von Parallelimporten ist, nicht erlaubt, sich dem weiteren Vertrieb dieser umgepackten Ware nur deshalb zu widersetzen, weil die neue Verpackung nicht das Unternehmen als Umpacker angibt, das die Ware in Erfüllung eines Auftrags tatsächlich umgepackt hat und im Besitz einer entsprechenden Genehmigung ist, sondern dasjenige, das Inhaber der Genehmigung für das Inverkehrbringen der Ware ist, nach dessen Anweisungen das Umpacken erfolgte und das für das Umpacken verantwortlich ist. (Leitsatz des Gerichts)

EuGH, Urteil vom 28.07.2011 – C-400/09, C-207/10, BeckRS 2011, 81192 – Orifarm A/S, Paranova Danmark A/S u. a. v. Merck Sharp & Dohme Corp u. a. Vorabentscheidungsersuchen des Højesteret (Dänemark)

Sachverhalt

Die Beklagten, die über Genehmigungen für das Inverkehrbringen von Arzneimitteln verfügen, führten von der Klägerin hergestellte Arzneimittel im Wege des Parallelimports nach Dänemark ein. Vor ihrem Weitertrieb wurden die Arzneimittel in neue Verpackungen umgepackt. Diese neuen Verpackungen einschließlich ihrer Etikettierung hatten die Beklagten konzipiert. Das Umpacken selbst übernahmen jedoch Konzerngesellschaften, die über entsprechende Umpackgenehmigungen verfügten. Da auf den Verpackungen dennoch die Beklagten als umpackende Unternehmen angegeben waren, erblickte die Klägerin in dem Weitertrieb der Arzneimittel eine Verletzung ihrer Markenrechte. Es fehle die nach der Rechtsprechung des EuGH erforderliche Angabe des umpackenden Unternehmens.

Nachdem ihren Klagen zunächst stattgegeben worden war, hat das mit den Kassationsbeschwerden der Beklagten befasste Højesteret (Handelsgericht) dem EuGH verschiedene Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt. Es möchte im Wesentlichen wissen, ob Art. 7 II RL 89/104/EWG (jetzt RL 2008/95/EG, MarkenRL) es zulässt, dass der Markeninhaber unter den genannten Umständen den Vertrieb der umgepackten Arzneimitteln verhindert.

Entscheidung

Der EuGH antwortet wie aus dem Leitsatz ersichtlich. Er hält die Angabe des Unternehmens, in dessen Auftrag die Arzneimittel umgepackt wurden, also für ausreichend. Dem Weitertrieb so gekennzeichnete Arzneimittel könne sich der Markeninhaber nicht widersetzen. Zwar sei nach der Rechtsprechung des EuGH erforderlich, dass auf dem Arzneimittel der Umpacker klar angegeben wird. Damit solle aber nur verhindert werden, dass der Verbraucher annimmt, der Markeninhaber selbst sei für das Umpacken verantwortlich. Diesem Interesse des Markeninhabers werde auch dann ausreichend Rechnung getragen, wenn auf der Verpackung das Unternehmen angegeben ist, in dessen Auftrag und nach dessen Anweisungen die Ware umgepackt wurde und das somit für das Umpacken verantwortlich sei.

Soweit die Klägerin vorgetragen habe, die Verbraucher hätten ein Interesse daran, den Namen des Unternehmens zu erfahren, welches das Umpacken tatsächlich vorgenommen habe, rechtfertige dies kein anderes Ergebnis. Denn Art. 7 II MarkenRL beschränke sich auf den Schutz der berechtigten Interessen des Markeninhabers. Der Schutz der berechtigten Interessen der Verbraucher werde durch andere rechtliche Instrumente gewährleistet.

Praxishinweis

Die Entscheidung erleichtert Parallelimporturen von Arzneimitteln die Kennzeichnung der neuen Verpackungen. Nur weil das tatsächliche Umpacken ausgelagert und von einem anderen Unternehmen durchgeführt wird, muss nicht (auch) dieses Unternehmen auf der neuen Verpackung angegeben werden. Vorsicht ist jedoch insoweit geboten, als der Entscheidung nicht entnommen werden kann, dass die Angabe des tatsächlich umpackenden Unternehmens generell überflüssig ist. Wichtig dürfte vielmehr sein, dass das auf der Verpackung angegebene Unternehmen weiterhin maßgeblichen Einfluss auf das Umpacken hat, dass es also dem umpackenden Unternehmen Vorgaben hinsichtlich der Verpackungsgestaltung und -etikettierung machen und Weisungen erteilen kann.

*Rechtsanwalt Dr. Frederik Thiering,
White & Case LLP, Hamburg*



EuG: „TDI“ ist für Kraftfahrzeuge beschreibend

VO (EG) 207/2009 Art. 7 I lit. c und III

Die Bezeichnung „TDI“ ist für Kraftfahrzeuge und deren konstruktionsgebundene Teile rein beschreibend. Dies wird vom maßgeblichen Verkehr in der gesamten Union einheitlich gesehen. Um eingetragen zu werden, müsste die Marke in allen Mitgliedstaaten Unterscheidungskraft durch Benutzung erworben haben, was jedoch vorliegend nicht bewiesen wurde. (Leitsatz des Verfassers)

EuG, Urteil vom 06.07.2011 – T-318/09, BeckRS 2011, 81066 – Audi AG und Volkswagen AG v. HABM – „TDI“

Sachverhalt

Am 22.05.2003 meldeten die Klägerinnen, die Audi AG und die Volkswagen AG, beim HABM eine Gemeinschaftsmarke in Klasse 12 für „Kraftfahrzeuge und deren konstruktionsgebundene Teile“ an. Der Prüfer beim HABM wies die Anmeldung zurück. Die dagegen eingelegte Beschwerde blieb erfolglos.

Daraufhin wandten sich die Klägerinnen an das EuG. Sie rügten im Wesentlichen eine fehlerhafte Anwendung von Art. 7 I lit. c und Art. 7 III VO (EG) 207/2009 (GMV).

Entscheidung

Das EuG bestätigt die Entscheidung des HABM. Der Markenmeldung stehe Art. 7 I lit. c GMV entgegen, wonach Marken von der Eintragung ausgeschlossen sind, die für die beanspruchten Waren oder Dienstleistungen rein beschreibenden Charakter haben. Darunter fallen nach Ansicht des EuG solche Zeichen, die im normalen Sprachgebrauch aus der Sicht der maßgeblichen Verkehrskreise die Ware oder Dienstleistung, für die die Eintragung beantragt wird, entweder unmittelbar oder durch Hinweis auf eines ihrer wesentlichen Merkmale bezeichnen können. Demnach falle ein Zeichen nur dann unter das in dieser Vorschrift enthaltene Verbot, wenn es einen hinreichend direkten und konkreten Zusammenhang mit den in Frage stehenden Waren oder Dienstleistungen aufweist, der es den betroffenen Verkehrskreisen ermöglicht, sofort und ohne weiteres Nachdenken eine Beschreibung der fraglichen Waren oder Dienstleistungen oder eines ihrer Merkmale wahrzunehmen.

Unter Bezugnahme auf sein Urteil vom 03.12.2003 in Sachen Audi v. HABM (GRUR-RR 2004, 239) beurteilt das EuG das Zeichen „TDI“ dahin, dass es die Abkürzung für „Turbo Diesel Injection“ oder „Turbo Direct Injection“ sei. Ferner bezeichne „TDI“ für Kraftfahrzeuge deren Beschaffenheit, da die Ausrüstung ei-

nes Kraftfahrzeugs mit einem „Turbo Diesel Injection“- bzw. „Turbo Direct Injection“-Motor eines seiner wesentlichen Merkmale sei. Im Hinblick auf konstruktionsgebundene Teile von Kraftfahrzeugen bezeichne „TDI“ ihre Bauart.

Zudem sei das Zeichen „TDI“ für die betreffenden Waren in der gesamten Europäischen Union beschreibend. Denn Kraftfahrzeuge würden grundsätzlich im gesamten Binnenmarkt unter derselben Bezeichnung vertrieben. Daher bestehe hinsichtlich der Auffassung, die die relevanten Verkehrskreise von der Bedeutung von „TDI“ haben, zwischen den verschiedenen Teilen der Union kein Unterschied. Um jedoch gemäß Art. 7 III GMV eingetragen werden zu können, müsse die Marke in allen Mitgliedstaaten der Union, in denen sie keine originäre Unterscheidungskraft besitzt, eine solche durch Benutzung erworben haben. Folglich sei – da „TDI“ von Haus aus in der gesamten Union rein beschreibend sei – der Erwerb von Unterscheidungskraft durch Benutzung für jeden der Unionsstaaten nachzuweisen. Diesen Nachweis haben die Klägerinnen nach Ansicht des EuG nicht geführt. Insoweit seien die nur für bestimmte Mitgliedstaaten eingereichten Nachweise nicht ausreichend. Für diese Auslegung von Art. 7 III GMV spreche auch Art. 7 II GMV, wonach ein Eintragungshindernis im Sinne von Art. 7 I GMV schon dann vorliegt, wenn es nur in einem Teil der Union besteht.

Praxishinweis

Das EuG geht richtigerweise davon aus, dass Kraftfahrzeuge in der gesamten EU grundsätzlich unter derselben Bezeichnung vertrieben werden. Der Schluss, dass die Bezeichnung eines Kraftfahrzeugs von den maßgeblichen Verkehrskreisen daher in der gesamten EU einheitlich – und in diesem Fall als beschreibend – verstanden werde, ist indes nicht zwingend. Vielmehr ist es naheliegend, dass in vielen Fällen das Verständnis der Verbraucher in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich ist mit der Folge, dass oftmals kein einheitliches Bild zur Frage vorliegt, ob eine Bezeichnung beschreibend ist oder nicht.

Die Schlussfolgerung des EuG ist zudem nicht auf die Bezeichnung von Kraftfahrzeugen beschränkt. Sie muss – konsequent zu Ende gedacht – für sämtliche Waren und Dienstleistungen gelten, die im gesamten Binnenmarkt unter derselben Bezeichnung vertrieben werden. Die Entscheidung ist daher insoweit über die Automobilbranche hinaus von Bedeutung.

Rechtsanwalt Dr. Thomas Fischer, Justiziar in einem Unternehmen der Automobilindustrie, Stuttgart ■

BGH: Kein Recht auf „Namensmarke“ bei Koexistenz von Gartencentern

MarkenG §§ 12, 15 II, 23 Nr. 1, § 51 I, 55 I

1. Besteht eine kennzeichenrechtliche Gleichgewichtslage, auf die die Grundsätze des Rechts der Gleichnamigen anzuwenden sind, kann eine Partei die von ihr verwendete Unternehmensbezeichnung nur ausnahmsweise auch als (Dienstleistungs-)Marke eintragen lassen (im Anschluss an BGH, GRUR 2011, 623 – „Peek & Cloppenburg II“).
2. Die Eintragung einer Marke für die angebotenen Dienstleistungen zur Absicherung eines nur regional benutzten Unternehmenskennzeichens muss die andere Partei allenfalls dann hinnehmen, wenn keine anderen Möglichkeiten bestehen, eine Schwächung des von beiden Parteien verwendeten Zeichens zu verhindern. (Leitsätze des Gerichts)

BGH, Urteil vom 07.07.2011 – I ZR 207/08
(OLG Hamm), BeckRS 2011, 19477 –
„Gartencenter Pötschke“

Sachverhalt

Die Klägerinnen betreiben einen Fachversandhandel für den Gartenbedarf, der seit Jahrzehnten unter der Bezeichnung „Gärtner Pötschke“ bundesweit tätig ist.

Die Beklagte ist Inhaberin eines seit 1957 betriebenen Gartencenters. Sie firmiert seit 1960 unter „Gartencenter Gerhard Pötschke OHG“ und benutzt auch die Bezeichnung „Gartencenter Pötschke“.

Die Geschäftsführerin der Klägerinnen und ein Gesellschafter der Beklagten sind beide Enkel von Harry Pötschke, der zu Beginn des vergangenen Jahrhunderts eine Gärtnerei und einen Fachversand für den Gartenbedarf gegründet hatte.

Im November 2006 ließ sich die Beklagte die deutsche Wortmarke „Gartencenter Pötschke“ für eine Reihe von Waren und Dienstleistungen des Gartenbedarfs eintragen. Die Klägerinnen begehren die Löschung dieser Marke.

Entscheidung

Wie schon das Berufungsgericht hält der BGH den Löschungsanspruch für begründet.

Eine Verwechslungsgefahr zwischen der (prioritäts-älteren) besonderen Geschäftsbezeichnung „Gärtner Pötschke“ einerseits und der (prioritätsjüngeren) Marke „Gartencenter Pötschke“ bejaht der BGH ohne Weiteres. Aufgrund der Besonderheiten des Falls beurteilt er den Konflikt nicht primär unter Maßgabe des Prioritätsprinzips, sondern nach den Grundsätzen des Gleichnamigkeitsrechts.

Die Anmeldung eines Namens als Marke durch den Prioritätsjüngeren stelle eine einseitige nachteilige Veränderung einer bestehenden Gleichgewichtslage dar, die der Inhaber des gegenüber der Marke älteren Namensrechts nur hinnehmen müsse, wenn besondere, gewichtige Gründe vorliegen, nach denen eine so enge Beziehung zwischen Ware und Namen besteht, dass es für den Namensträger unzumutbar wäre, auf die Benutzung seines Namens als Marke zu verzichten.

Dies könne in Betracht kommen, wenn ein Namensträger bei der Schaffung oder Gestaltung einer bestimmten Ware oder Warenart unter seinem Namen besondere schöpferische Leistungen erbracht hat und der Verkehr die Ware aufgrund dieser schöpferischen Leistung ohnehin mit dem Namensträger identifiziert. Beim Betrieb eines Gartencenters sei dies nicht der Fall.

Praxishinweis

Es geht hier um gleichlautende Unternehmenskennzeichen, die über eine sehr lange Zeit nebeneinander existiert haben. In solchen Fällen besteht eine „besondere Wettbewerbslage“ oder „Gleichgewichtslage“, die sich als eine „beiderseits tolerierte oder zu tolerierende labile Beruhigungssituation in einem latent fortbestehenden Namenskonflikt“ beschreiben lässt (Scholz, GRUR 1996, 679, 681). Auch diese Konstellationen folgen nach der ständigen Rechtsprechung dem Recht der Gleichnamigen bzw. nutzen die seit Anfang des vergangenen Jahrhunderts im Recht der Gleichnamigen entwickelten Konfliktlösungsmodelle, die ihren dogmatischen Standort heute in § 23 Nr. 1 MarkenG haben (vgl. nur BGH, GRUR 2011, 623 – „Peek & Cloppenburg II“ = GRUR-Prax 2011, 267 [Diekmann]). Bei jahrzehntelanger Koexistenz ist es deshalb in der Praxis entbehrlich, die genauen historischen Abläufe und die historisch jeweils gegebenen Prioritätslagen und -schritte im Einzelnen zu erkunden.

Bestätigt hat der BGH ein weiteres Mal seine (im Schrifttum ganz überwiegend befürwortete) Ansicht, dass aus einer solchen Gleichgewichtslage regelmäßig nur ein Recht zur Führung des benutzten Unternehmenskennzeichens abgeleitet werden kann, jedoch kein Recht auf eine entsprechende „Namensmarke“. Ein solches Recht zur Eintragung auch als Marke wird nur anerkannt, wenn ein Namensträger – etwa als Modeschöpfer oder Erfinder – persönlich auf das Engste mit der entsprechenden Ware (oder u.U. Dienstleistung) verbunden ist (BGH, GRUR 1991, 475, 478 – „Caren Pflieger“).

Rechtsanwalt Dr. Michael Goldmann, M. C. L.,
Harte-Bavendamm Rechtsanwälte, Hamburg ■

BGH: Verwechslungsgefahr trotz unterdurchschnittlicher Kennzeichnungskraft – „Enzymax/Enzymix“

MarkenG § 14 II Nr. 2

Zwischen „Enzymax“ und „Enzymix“ besteht nicht zuletzt deshalb eine hohe Zeichenähnlichkeit, weil der Verkehr das „m“ in beiden Zeichen sowohl dem ersten Teil „Enzy(m)“ als auch dem zweiten Teil „(m)ax“ bzw. „(m)ix“ zuordnet. Dies führt trotz unterdurchschnittlicher Kennzeichnungskraft der Klagemarke zur Verwechslungsgefahr zwischen beiden Zeichen. (Leitsatz des Gerichts)

BGH, Urteil vom 24.02.2011 – I ZR 154/09
(OLG Köln), BeckRS 2011, 19476 –
„Enzymax/Enzymix“

Sachverhalt

Die Klägerin ist Inhaberin der unter anderem für Nahrungsergänzungsmittel eingetragenen Wortmarke „Enzymax“. Die Beklagte bietet ein Nahrungsergänzungsmittel unter der Bezeichnung „Enzymix“ an.

Das OLG Köln hat die Beklagte verurteilt, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr in der Bundesrepublik Deutschland die Bezeichnung „Enzymix“ für Nahrungsergänzungsmittel zu verwenden.

Entscheidung

Der BGH weist die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des OLG Köln zurück.

Er tritt allerdings der Annahme des Berufungsgerichts entgegen, die Marke „Enzymax“ verfüge über durchschnittliche Kennzeichnungskraft. Infolge ihrer engen Anlehnung an beschreibende Begriffe weise sie von Haus aus nur unterdurchschnittliche Unterscheidungskraft auf. Der Zeichenbestandteil „Enzym“ deute auf Stoffe hin, die in Nahrungsergänzungsmitteln häufig enthalten seien. Die Endung „(m)ax“ verstehe der Verkehr als Abkürzung von „Maximum“. Dagegen spreche nicht, dass das „m“ in „Enzymax“ nur einmal vorkommt.

Der BGH geht mit dem Berufungsgericht von einer hohen Zeichenähnlichkeit in klanglicher Hinsicht aus. Die beiden Zeichen seien in Silbenzahl, -gliederung und -länge sowie Betonung gleich. Der Unterschied der Zeichen in der letzten Silbe sei unbedeutend. Denn das Klangbild des unterschiedlichen dritten Vokals werde durch den in beiden Zeichen übereinstimmenden Schlussbuchstaben „x“ geprägt. Die Zeichenähnlichkeit scheitere im Streitfall auch nicht daran, dass einem der

beiden Zeichen ein klar erkennbarer eindeutiger Sinngehalt zukomme.

Die gebotene Gesamtbetrachtung führe im Hinblick auf die Warenidentität und die hohe Zeichenähnlichkeit trotz unterdurchschnittlicher Unterscheidungskraft der Klagemarke zur Annahme einer unmittelbaren Verwechslungsgefahr.

Praxishinweis

Die Entscheidung enthält zwei Aspekte, die über den konkreten Einzelfall hinausweisen.

Zum einen stellt der BGH klar, dass der Verkehr Nahrungsergänzungsmitteln, die im Internet frei angeboten werden, anders als Arzneimitteln, nicht mit erhöhter Aufmerksamkeit begegnet. Es kann also nicht angenommen werden, dass die Verbraucher hier auch geringen Zeichenunterschieden Beachtung beimessen und deshalb weniger Zeichenabstand eingehalten werden muss.

Zum anderen konkretisiert der BGH seine Grundsätze aus der Entscheidung „AntiVir/Anti-Virus“ (GRUR 2003, 963). Danach kann bei Zeichen, die sich als Abwandlungen freihaltungsbedürftiger Angaben darstellen, bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr nicht entscheidend auf Übereinstimmungen allein mit der beschreibenden Angabe selbst abgestellt werden. Es kommt vielmehr auf die Übereinstimmung mit den schutzbegründenden Merkmalen der Klagemarke an. Im Streitfall liegt die schutzbegründende Gestaltung der Klagemarke in der Zusammenfügung der beschreibenden Bestandteile „Enzym“ und „(m)ax“, insbesondere in dem besonders charakteristischen, weil zweifach zugeordneten „m“. Dieses Merkmal findet sich auch bei dem Zeichen der Beklagten. Außerdem unterliegt der Schutzzumfang einer an beschreibende Bezeichnungen angelehnten Marke keiner besonderen Beschränkung, wenn es wie hier um das Verhältnis zu einem Zeichen geht, das sich in gleicher oder ähnlicher Weise an den beschreibenden oder freizuhaltenden Begriff anlehnt (vgl. BGH, GRUR 2008, 803 Tz. 22 – „HEITEC“ = FD-GewRS 2008, 265783 [Musiol]).

Dr. Mathias Kochendörfer,
Richter am LG Frankfurt a. M.,
Lehrbeauftragter an der Universität Gießen

BGH: Markenverletzung durch Vertrieb eines parallelimportierten Arzneimittels in neuer Verpackung unter Wiederanbringung der Marke – „RENNIE“

MarkenG §14 II Nr. 1, V und VI, § 24 I und II

Ist der Vertrieb eines parallelimportierten Arzneimittels im Inland in einer bestimmten Packungsgröße ohne Weiteres dadurch möglich, dass die Originalverpackung mit weiteren Blisterstreifen aufgefüllt und umetikettiert wird, kann sich der Markeninhaber dem Vertrieb des Arzneimittels in einer neuen Verpackung unter der Wiederanbringung der Marke widersetzen. (Leitsatz des Gerichts)

BGH, Urteil vom 10.02.2011 – I ZR 172/09 (OLG Köln), BeckRS 2011, 19245 – „RENNIE“

Sachverhalt

Die Klägerin ist Inhaberin der für pharmazeutische Erzeugnisse eingetragenen Marke „RENNIE“. Unter dieser Marke wird ein verschreibungspflichtiges Arzneimittel vertrieben, das in Deutschland unter anderem in Packungsgrößen mit 120 Kautabletten und in der Tschechischen Republik in Packungen mit höchstens 96 Kautabletten erhältlich ist.

Die Beklagte importiert das Arzneimittel aus der Tschechischen Republik und vertreibt es seit 2005 in Deutschland in einer auf 120 Kautabletten aufgefüllten, umetikettierten Verpackung. Im Mai 2008 kündigte die Beklagte an, das Arzneimittel in Deutschland fortan in neu erstellten Verpackungen mit 120 Kautabletten unter Wiederanbringung der Marke zu vertreiben.

Hiergegen wendet sich die Klägerin. Sie sieht in dem Vertrieb des Arzneimittels in den neuen Verpackungen eine Verletzung ihrer Rechte an der Marke. Die Klägerin hat die Beklagte daher auf Unterlassung, Auskunft und Schadensersatz verklagt.

Das LG Köln hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin beim OLG Köln ist erfolglos geblieben.

Entscheidung

Auf die Revision der Klägerin hebt der BGH das Berufungsurteil des OLG Köln teilweise auf und verurteilt die Beklagte unter Androhung der üblichen Ordnungsmittel, es zu unterlassen, das Arzneimittel in der Packungsgröße mit 96 Kautabletten aus Tschechien nach Deutschland zu importieren, umzupacken und in Deutschland in den neu erstellten Verpackungen mit 120 Kautabletten zu vertreiben.

Nach Ansicht des BGH kann sich die Klägerin dem Vertrieb der mit ihrer Marke gekennzeichneten, neu verpackten Arzneimittel aus berechtigten Gründen nach § 24 II MarkenG widersetzen. Der Widerspruch eines Markeninhabers gegen den Vertrieb umgepackter Arzneimittel nach § 24 II MarkenG (Art. 7 II RL 2008/95/EG, MarkenRL), der eine Abweichung vom Grundsatz des freien Warenverkehrs darstellt, soll allein dann nicht

mehr zulässig sein, wenn die Ausübung dieses Rechts durch den Markeninhaber eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne des Art. 36 II AEUV darstellt. Der Markeninhaber dürfe danach die Veränderung, die mit jedem Umpacken eines mit seiner Marke versehenen Arzneimittels verbunden ist und die ihrem Wesen nach die Gefahr einer Beeinträchtigung des Originalzustands des Arzneimittels schafft, verbieten, wenn nicht das Umpacken für die Vermarktung der parallelimportierten Ware erforderlich ist und die berechtigten Interessen des Markeninhabers gewahrt sind. Das Kriterium der Erforderlichkeit schließe nach der Rechtsprechung des EuGH auch die Frage ein, ob das Umpacken durch Neuverpackung oder durch Umetikettierung der Originalverpackung zu geschehen habe. Das Umpacken in neu hergestellte Kartons und die Wiederanbringung der Marke seien danach jedenfalls dann nicht mehr für den Marktzugang des Parallelimporteurs erforderlich, wenn dieser mit neuen Etiketten überklebte Originalpackungen verwenden könne, in die die fehlenden Tabletten nachfüllbar seien.

Da dies gesicherter Rechtsprechung des EuGH entspreche, sieht der BGH keinen Bedarf für ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 III AEUV. Schadensersatz- und Auskunftsansprüche spricht der BGH der Klägerin nicht zu, da nicht festgestellt sei, dass die Beklagte den nur angekündigten Vertrieb der neuen Verpackungen tatsächlich aufgenommen hatte.

Praxishinweis

Der BGH bestätigt die Rechtsprechung des EuGH, wonach bei der Prüfung der Erforderlichkeit eines Umpackens parallelimportierter Arzneimittel zwecks Vermarktung in einem Einfuhrmitgliedstaat auch zu klären ist, ob das Umpacken durch Neuverpackung erfolgen muss oder aber durch Umetikettierung der Originalverpackung geschehen kann. Kommt ohne Weiteres ein Vertrieb in der umetikettierten und aufgefüllten Originalpackung in Betracht, kann sich der Markeninhaber dem Vertrieb in neuen und mit der Marke gekennzeichneten Verpackungen widersetzen. Wie der BGH ausdrücklich klarstellt, steht die Entscheidung nicht im Widerspruch zu seinen vorhergehenden Urteilen „STILNOX“ (GRUR 2007, 1075), „CORDARONE“ (GRUR 2008, 160 = FD-GewRS 2008, 250730 [Musiol]) und „Micardis“ (BGH, GRUR 2008, 707), bei denen der jeweils zugrunde liegende Sachverhalt gerade nicht die Verwendung der umetikettierten Originalverpackung als Alternative zur Neuverpackung mit Wiederanbringung der Marke bot.

Rechtsanwalt Dr. Gunnar Sachs, Maître en droit (Paris), Clifford Chance, Düsseldorf ■

BGH: Keine Erschöpfung, wenn Markeninhaber den Vertrieb der Ware unter der Marke wegen Qualitätsmängeln verboten hat – „Kuchenbesteck-Set“

RL 89/104/EWG Art. 7 I; MarkenG § 24 I

1. Ein Inverkehrbringen i. S. v. Art. 7 I der Richtlinie 89/104/EWG, § 24 I MarkenG kann auch dann vorliegen, wenn nicht der Markeninhaber selbst, sondern eine wirtschaftlich mit ihm verbundene Person einem Dritten die Verfügungsgewalt an dem mit der Marke versehenen Produkt innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums willentlich überträgt.
2. Ein zur Erschöpfung des Markenrechts führendes Inverkehrbringen liegt nicht vor, wenn der Markeninhaber seine Zustimmung zum Vertrieb der Ware nur unter der Bedingung erteilt hat, dass zuvor die mit der Marke gekennzeichnete Verpackung entfernt wird. (Leitsätze des Gerichts)

BGH, Urteil vom 03.02.2011 – I ZR 26/10 (OLG Düsseldorf), BeckRS 2011, 19246 – „Kuchenbesteck-Set“

Sachverhalt

Die Klägerin gehört zum Tchibo-Konzern. Die Beklagte vertrieb Kuchensets (Tortenheber und Tortenmesser), bei denen die Verpackung mit den Marken „Tchibo“ und „TCM“ gekennzeichnet war. Mit der Klage nimmt die Klägerin die Beklagte auf Unterlassung in Anspruch. Die Klägerin hatte diese Sets bei der A. GmbH bestellt. Diese hatte die Sets exklusiv für die Klägerin in China herstellen und deren Verpackung mit den Klagemarken kennzeichnen lassen. Ein Teil der Produktion sei wegen Qualitätsmängeln beanstandet worden. Die Klägerin habe der A. GmbH gestattet, diese Bestecke ohne die mit den Klagemarken versehenen Originalverpackungen weiterzuverkaufen, jedoch nicht in Ländern, in denen die Klägerin – wie u. a. in Deutschland – Filialen betreibt. Die A. GmbH hatte dennoch 67.000 Sets an eine Kundin in Deutschland verkauft, deren Abnehmerin die Ware hier in den mit den Klagemarken gekennzeichneten Originalverpackungen auf den Markt brachte. Die Beklagte hat die von der Klägerin behauptete Vereinbarung von Vertriebsbeschränkungen bestritten und sich auf Erschöpfung der Markenrechte berufen.

Das LG hat die Beklagte antragsgemäß zur Unterlassung verurteilt. Auf die Berufung der Beklagten wurde das Urteil des LG aufgehoben und die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihr Klageziel weiter.

Entscheidung

Die Revision der Klägerin hat Erfolg. Der Unterlassungsanspruch ergebe sich aus § 14 II Nr. 1 MarkenG,

da die Beklagte die Klagemarken in identischer Form für identische Waren benutze. Ein Fall der Erschöpfung der Markenrechte liege nicht vor, so der BGH. Unstreitig habe die Markeninhaberin die Ware nicht selbst innerhalb des europäischen Wirtschaftsraums in Verkehr gebracht. Auch habe keine wirtschaftlich mit dem Markeninhaber verbundene Person innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums die Verfügungsgewalt willentlich übertragen. Denn die Lieferantin der Klägerin gehöre nicht dem Konzernverbund an. Eine Vertriebslizenz oder ein Alleinvertriebsrecht habe ebenfalls nicht bestanden.

Auch ein Fall der Erschöpfung nach der zweiten Alternative des § 24 I MarkenG liege nicht vor. Die Ware sei nicht mit Zustimmung des Markeninhabers in Verkehr gebracht worden. Denn die Klägerin habe ihrer Lieferantin den Vertrieb der Ware unter Verwendung der Klagemarken wegen Qualitätsmängeln ausdrücklich verboten. Dies begründe nicht eine lediglich schuldrechtlich wirkende Verpflichtung. Vielmehr gehe es bei diesem Verbot in Anwendung des Rechtsgedankens des § 30 II Nr. 5 MarkenG um gegenüber jedermann wirkende Ansprüche aus dem Markenrecht.

Eine Erschöpfung ergebe sich auch nicht aus der Entscheidung „Schamotte-Einsätze“ des Senats (BGH, GRUR 1984, 545), die vor Inkrafttreten des Markengesetzes ergangen ist. Soweit sich aus dieser Entscheidung für den Streitfall abweichende Gesichtspunkte ergeben sollten, halte der Senat daran nicht fest.

Praxishinweis

Die Entscheidung des BGH interpretiert die Erschöpfungsregeln konsequent unter Berücksichtigung der maßgeblichen EuGH-Entscheidungen. Danach ist die Funktion der Marke zu berücksichtigen, Gewähr dafür zu bieten, dass alle mit ihr gekennzeichneten Waren unter der Kontrolle eines Unternehmens hergestellt worden sind, das für ihre Qualität verantwortlich gemacht werden kann. Es soll dem Markeninhaber ermöglicht werden, die Entscheidung über das erstmalige Inverkehrbringen zu treffen und dabei den wirtschaftlichen Wert der Marke zu realisieren (EuGH, GRUR 2005, 507 Tz. 30 ff. – „Peak Holding“). Die Entscheidung stärkt die Rechte des Markeninhabers für den Fall, dass er den Vertrieb von Markenware wegen Qualitätsmängeln untersagt hat. Nicht autorisierte Händler tragen das volle Risiko, falls die Zustimmung des Markeninhabers nicht vorliegt oder nicht bewiesen werden kann.

Rechtsanwältin Dr. Kerstin Gründig-Schnelle,
Lichtenstein, Körner & Partner, Stuttgart

BGH: Branchenähnlichkeit bei Unternehmenskennzeichen wird nach denselben Grundätzen beurteilt wie Produktähnlichkeit bei Marken – „BCC“

MarkenG § 15 II; ZPO § 524

1. Die Grenzziehung zwischen Branchenähnlichkeit und Branchenunähnlichkeit bei der Verwechslungsgefahr im Sinne von § 15 II MarkenG ist [...] nicht von der Kennzeichnungskraft des Klagekennzeichens abhängig.
2. Erbringen die Parteien Dienstleistungen, bestimmt sich die Branchennähe nach diesen Dienstleistungen und nicht nach den zu ihrer Erbringung eingesetzten Mitteln. (Leitsätze des Gerichts, durch den Verfasser bearbeitet)

BGH, Urteil vom 20.01.2011 – I ZR 10/09
(OLG Frankfurt a. M.), BeckRS 2011, 19183 – „BCC“

Sachverhalt

Die Klägerin nannte sich seit 1996 zunächst „BCC Unternehmensberatung – Gesellschaft für Unternehmensorganisation und Informationsmanagement mbH“ und sodann „BCC Unternehmensberatung GmbH“. Sie befasst sich mit Informationsmanagement und Unternehmensorganisation, insbesondere Entwicklung, Vertrieb, Installation und Wartung von Software sowie Dienstleistungs- und Warenvertrieb im Bereich Informationstechnologie und Telekommunikation.

Die Beklagte ist Telekommunikations- und Informationstechnikdienstleister. Sie ist seit 1997 eingetragen, zunächst als „bcc – Braunschweiger Communication Carrier GmbH“ und seit Ende 2002 als „BCC Business Communication Company GmbH“. Sie tritt auch unter dem Schlagwort „BCC“ auf und benutzt die Domain „bcc.de“. Sie hat 21 Marken mit „BCC“, für diverse Dienstleistungen im Bereich Telekommunikation, Internet und Design von Computerhardware und Computersoftware, die ältesten mit Priorität von 2002.

Die Klägerin verlangt Unterlassung, außerdem Einwilligung in die Löschung der Unternehmensbezeichnung, der Marken und des Domainnamens sowie Auskunft und Schadensersatz. Das OLG hat die Branchennähe verneint und die Klage abgewiesen.

Entscheidung

Der BGH verweist die Sache an das Berufungsgericht zurück. Die Klägerin habe am hinreichend unterscheidungskräftigen Kürzel „BCC“ ein eigenes Zeichenrecht mit dem Zeitrang des Gesamtzeichens. Die Kennzeichnungskraft einer Buchstabenfolge sei zwar regelmäßig von Haus aus normal, doch „BCC“ sei geschwächt, weil „B“ und „C“ für „Business“ und „Computer“ auch beschreibend wirkten. Der Jahresumsatz der Klägerin von 600.000 Euro sei kein Anhaltspunkt für eine Steigerung der Kennzeichnungskraft.

Das OLG habe die Branchennähe zu Unrecht verneint. Für die Branchennähe komme es in erster Linie auf die

Produkte an. Anhaltspunkte für Branchennähe könnten Berührungspunkte der Produkte, ähnliche Verwendungszwecke oder Vertriebswege sein. Unähnlichkeit der Branchen liege nur vor, wenn sogar bei unterstellter Zeichenidentität der Branchenabstand jede Verwechslungsgefahr ausschließen würde. Es gebe eine (absolute) Branchenunähnlichkeit, bei der Verwechslungsgefahr stets ausscheide, weil die Unähnlichkeit auch durch erhöhte Kennzeichnungskraft des Klagezeichens nicht ausgeglichen werde. Die Branchenähnlichkeit sei daher ebenso wie die Produktähnlichkeit bei Marken losgelöst von der konkreten Kennzeichnungskraft des Klagezeichens zu prüfen.

Bei der Bestimmung des Geschäftsbereichs der Klägerin stünden die Dienstleistungen im Vordergrund, die sie erbringt, nicht die Mittel (eine bestimmte Software) dafür. Die Klägerin befasse sich insbesondere mit Entwicklung, Vertrieb, Installation und Wartung von Software sowie mit IT-Sicherheit. Die Beklagte plane, integriere und betreibe IT-Infrastrukturen und werbe mit Erfahrungen im Bereich der IT-Sicherheit. Beide Parteien böten ihren Kunden folglich Sicherheitslösungen für IT-Infrastrukturen an. Es liege teilweise Branchenidentität, jedenfalls hochgradige Branchenähnlichkeit vor.

Die Klägerin müsse im neuen Rechtsgang zur Branchennähe zu jeder einzelnen Dienstleistung vortragen. Löschung der Firma könne sie nur verlangen, wenn bei jeder von der Beklagten ausgeübten Tätigkeit ein Lösungsgrund vorliege, Löschung der Domain nur, wenn jedwede Nutzung des Domainnamens, also auch auf geschäftsfremden Gebieten, eine Verletzung darstellen würde.

Praxishinweis

Die Kennzeichnungskraft des Klagezeichens ist relevant dafür, welchen Abstand das Verletzterzeichen wahren muss. Sie ist aber nicht relevant für die Frage, ob die Produkte im Rechtssinne „ähnlich“ sind. Das ist für Markenkollisionen anerkannt (EuGH, GRUR 1998, 922 Tz. 15 – „Canon“). Der BGH nimmt auf diese EuGH-Rechtsprechung zur RL 2008/95/EG (MarkenRL) Bezug und wendet sie auf die Branchenähnlichkeit bei geschäftlichen Bezeichnungen an. Das Recht der geschäftlichen Bezeichnungen ist aber in der MarkenRL gar nicht harmonisiert. Die vereinheitlichende Wirkung der MarkenRL geht also über ihren eigentlichen Regelungsbereich hinaus. Das ist zu begrüßen (vgl. etwa Ingerl/Rohnke, MarkenG, 3. Aufl. 2010, § 5 Rn. 5). Es erleichtert dem Rechtsanwender die Arbeit.

Rechtsanwalt Dr. Volker Schoene,
Loschelder Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft,
Köln

BPatG: Wortzeichen „Fürst von Metternich“ ist für Weinführer und Tanzveranstaltungen schutzfähig

MarkenG §§ 8 I Nr. 1 und 2

Zeichen oder Angaben für Waren der Klasse 16 (Kochbücher u.a.), die sich in der Art eines Werktitels eignen, deren gedanklichen Inhalt zumindest vage anzugeben und die damit eine werktitelähnliche Funktion haben, fehlt regelmäßig die für eine Markeneintragung erforderliche Unterscheidungskraft. Diese ist auch für Waren der Klasse 16 eigenständig nach markenrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen und nicht nach den geringeren Anforderungen für Werktitel. (Leitsatz des Verfassers)

BPatG, Beschluss vom 18.05.2011 – 29 W (pat) 158/10, BeckRS 2011, 18991

Sachverhalt

Das DPMA hat die Anmeldung des Wortzeichens „Fürst von Metternich“ der Inhaberin der gleichnamigen Sektmarke für Waren und Dienstleistungen der Klassen 16 (insbesondere Kochbücher und Restaurantführer) und 41 (insbesondere Organisation und Durchführung von Veranstaltungen) wegen fehlender Unterscheidungskraft zurückgewiesen. In Bezug auf die beanstandeten Waren und Dienstleistungen sei der angemeldeten Marke der allgemein verständliche Sachhinweis zu entnehmen, dass sich diese inhaltlich mit der als Leiter des Wiener Kongresses von 1815 historisch wichtigen Persönlichkeit „Fürst von Metternich“ befassen. Auch für denjenigen, der das Anmeldezeichen aufgrund der gleichnamigen deutschen Sektmarke kennt, beinhalte dieses keinen Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen. Es bleibe bei dem Bezug zu der geschichtlichen Figur, der ja auch Weingüter gehört hätten.

Entscheidung

Die Anmelderin hat das Verzeichnis der von ihr beanspruchten Waren/Dienstleistungen im Beschwerdeverfahren dahin beschränkt bzw. konkretisiert, dass es in der Klasse 16 noch um Kochbücher, Restaurantführer, Weinführer und Zeitungen ging und in der Klasse 41 um musikalische Veranstaltungen und Konzerte, Tanzveranstaltungen und Bälle. Auf dieser Basis hat die Beschwerde Erfolg.

Nach Auffassung des BPatG besteht weder das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft noch ein Freihaltebedürfnis. Das Gericht befasst sich mit der fehlenden Eignung des angemeldeten Zeichens zur Beschreibung der streitigen Waren und Dienstleistungen und leitet daraus zugleich das Fehlen eines Freihaltebedürfnisses ab.

Das Gericht sieht den Hinweis auf die historische Bedeutung der gleichnamigen Persönlichkeit im Vordergrund und verwirft das Argument der Beschwerde, das Publikum bringe „Fürst von Metternich“ lediglich mit ihrer Sektmarke als Herkunftshinweis in Verbindung. Für die Waren der Klasse 16 (Kochbücher, Restaurantführer, Weinführer, Zeitungen) eigne sich das Zeichen aber nicht in der Art eines Titels zur Angabe des Inhaltes. Es sei zwar nicht auf die geringeren Schutzanforderungen für Werktitel abzustellen, sondern bereits ein vager oder unbestimmter Inhaltshinweis stehe einem Markenschutz entgegen. „Fürst von Metternich“ werde aber nicht relevant mit Esskultur in Verbindung gebracht und sei auch als Inhaltsangabe von Kochbüchern oder Restaurantführern ungeeignet. Dies gelte auch für Weinführer, auch wenn dem Fürsten bestimmte Weingüter gehört hätten: Weinführer befassten sich nicht nur mit einer bestimmten Weinbergslage und würden auch nicht nach einem Weingutbesitzer benannt. Ebenso wenig würden sich Zeitungen in jeder Ausgabe mit ein und derselben historischen Persönlichkeit befassen. Schließlich sei das angemeldete Zeichen auch für die Dienstleistungen in der Klasse 41 (insbesondere Konzerte, Tanzveranstaltungen, Bälle) schutzfähig, da ihnen auch insoweit keine Themen- oder Inhaltsangabe etwa in Bezug auf ein Veranstaltungsmotto zu entnehmen sei: „Fürst von Metternich“ werde mit politischen Ereignissen in Verbindung gebracht, nicht jedoch mit einer bestimmten Stilrichtung.

Praxishinweis

Da jede noch so geringe Unterscheidungskraft genügt, um das Schutzhindernis des § 8 I MarkenG zu überwinden, hat das BPatG der Marke Schutz gewährt. In der Praxis des DPMA und auch derjenigen des BPatG wird mitunter aber auch ein strengerer Maßstab angelegt. Eine zumindest teilweise anderslautende Entscheidung wäre daher keine Überraschung gewesen (insbesondere wenn man an den Ufa-Film „Der Kongress tanzt“ denkt, in dem Fürst von Metternich eine Rolle gespielt hat). Anmelder sollten mithin insbesondere im „werktitelnahen Bereich“ eine etwaige allzu engherzige Eintragungspraxis des DPMA gründlich überprüfen (lassen).

*Rechtsanwalt Frank Schembecker,
Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz,
Brandi Rechtsanwälte, Detmold*

Urheber- und Medienrecht

BGH: Zweifel an Zulässigkeit eines Schlichtungsverfahrens sind in gesondertem Feststellungsverfahren zu klären – „Aussetzung eines Schlichtungsverfahrens“

UrhG §§ 36, 36a III

1. Das Verfahren nach § 36a III UrhG zur Bestellung des Vorsitzenden und zur Bestimmung der Zahl der Beisitzer der Schlichtungsstelle kann das Oberlandesgericht nach § 148 ZPO aussetzen, wenn über das Vorliegen der Voraussetzungen des Schlichtungsverfahrens Streit besteht und hierüber ein Rechtsstreit zwischen den Parteien bereits anhängig ist.
2. Das nach § 36a III UrhG zuständige Oberlandesgericht kann nicht mit für die Parteien bindender Wirkung über das Vorliegen der Voraussetzungen des Schlichtungsverfahrens entscheiden.
3. Eine gemeinsame Vergütungsregel im Sinne von § 36 UrhG, die in einem Schlichtungsverfahren von hierzu nicht berechtigten Parteien aufgestellt wird, entfaltet in einem Rechtsstreit über eine angemessene Vergütung weder eine Bindungs- noch eine Indizwirkung. (Leitsätze des Gerichts)

BGH, Beschluss vom 22.06.2011 – I ZB 64/10
(OLG München), BeckRS 2011, 19475 –
„Aussetzung eines Schlichtungsverfahrens“

Sachverhalt

Der Bundesverband der Fernseh- und Filmregisseure verlangt vom ZDF die Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln (§§ 36, 36a UrhG) für Auftragsproduktionen. Vorliegend beantragt er, den Vorsitzenden einer Schlichtungsstelle zu bestellen und die Zahl der Beisitzer festzusetzen.

Das ZDF hält ein Schlichtungsverfahren für unzulässig und hat beim LG Frankenthal die Feststellung begehrt, dass gegenüber dem Bundesverband keine Verpflichtung besteht, sich auf ein Schlichtungsverfahren zur Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln einzulassen.

Das OLG München hat das vorliegende Verfahren bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits beim LG Frankenthal ausgesetzt. Hiergegen wendet sich der Bundesverband mit seiner zugelassenen Rechtsbeschwerde.

Entscheidung

Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg. Die Aussetzung des vorliegenden Verfahrens ist nach Ansicht des BGH nicht zu beanstanden.

Streiten die Parteien nicht nur über die Person des Vorsitzenden und die Zahl der Beisitzer, sondern auch über die Zulässigkeit des Schlichtungsverfahrens an sich, könne das OLG das Verfahren aussetzen, wenn zur Klä-

rung dieser, für seine Entscheidung ebenfalls maßgeblichen Frage bereits ein Rechtsstreit anhängig ist. Dies sei der Fall: Die Bestellung des Vorsitzenden und die Festsetzung der Zahl der Beisitzer setzen voraus, dass das ZDF gegenüber dem Bundesverband verpflichtet ist, sich auf ein Schlichtungsverfahren einzulassen. Diese Frage sei auch Gegenstand des Feststellungsverfahrens beim LG Frankenthal.

Nicht entschieden werden müsse, ob das OLG die Zulässigkeit des Schlichtungsverfahrens selbst – sei es nur cursorisch oder umfassend – prüfen kann. Das OLG sei nach § 36a III UrhG allein dazu berufen, über die Person des Vorsitzenden und die Zahl der Beisitzer zu entscheiden. Verbindliche Feststellungen zur Zulässigkeit eines Schlichtungsverfahrens seien ihm dagegen verwehrt; diese könnten auch keine Rechtskraft erlangen.

Trotz der durch die Aussetzung eintretenden Verzögerung sei es aus Gründen der Prozessökonomie und der Rechtssicherheit gerechtfertigt, Zweifel an der Zulässigkeit des Schlichtungsverfahrens möglichst frühzeitig und insbesondere verbindlich zu klären. Dies auch deswegen, weil gemeinsame Vergütungsregeln, die von Parteien aufgestellt worden sind, die hierzu nicht berechtigt waren, in einem Rechtsstreit über eine angemessene Vergütung keine Bindungs- oder Indizwirkung entfalten können.

Praxishinweis

Die Brisanz der Entscheidung liegt weniger im Prozessrecht als vielmehr in der Frage, ob ein Streit über die Zulässigkeit eines Schlichtungsverfahrens (auch noch) im Besetzungsverfahren geklärt werden kann oder ob stets die Erhebung einer separaten (negativen) Feststellungsklage erforderlich ist.

Die Entscheidung des BGH betrifft zwar den Fall, dass ein Feststellungsverfahren bereits anhängig ist. Dennoch dürfte aufgrund des Verweises auf die – sich aus dem Wortlaut des § 36a III UrhG ergebende – eingeschränkte Prüfungskompetenz des OLG sowie die damit einhergehende fehlende Bindungswirkung (Rechtskraft) seiner Entscheidung über die Zulässigkeit des Schlichtungsverfahrens ganz allgemein davon auszugehen sein, dass der BGH diese bislang streitige Frage wie folgt entschieden wissen will: Zweifel an der Zulässigkeit eines Schlichtungsverfahrens können rechtsverbindlich nur in einem (gesonderten) Feststellungsverfahren geklärt werden.

Rechtsanwalt Steffen Lux,
Becker Böttner Held, München



BGH: Verleger muss bei Neuauflage eines übersetzten Werks die bereits vorliegende Übersetzung verwenden – „World's End“

VerlG § 17; UrhG § 41

1. Das Recht des Verlegers, Folgeauflagen eines Werks zu veranstalten, kann sich auch ohne ausdrückliche Erwähnung aus dem Gesamthalt des Verlagsvertrages ergeben.
2. § 17 S. 3 VerlG ist auch auf Übersetzungsverträge anwendbar.
3. Der Verleger kann der ihn treffenden Last, eine Neuauflage zu veranstalten, auch dadurch nachkommen, dass er eine Taschenbuch- oder eine Sonderausgabe herausgibt. Dem steht es gleich, wenn er die Taschenbuch- oder Sonderausgabe nicht im eigenen, sondern in einem anderen Verlag veranlasst. (Leitsätze des Gerichts)

BGH, Urteil vom 03.02.2011 – I ZR 134/08
(OLG München), BeckRS 2011, 19243 – „World's End“

Sachverhalt

Der Kläger, ein Verlag, streitet mit dem Beklagten, einem Übersetzer, über die Frage, ob Letzterer wirksam von drei abgeschlossenen Verlagsverträgen zurückgetreten ist. Der Kläger hatte Hardcoverausgaben der Übersetzungen des Beklagten verlegt und jeweils zwei Jahre nach der Erstveröffentlichung Lizenzen an den Deutschen Taschenbuchverlag gegeben, wo die Werke nach wie vor als Taschenbücher lieferbar sind. Der Beklagte forderte den Kläger unter Fristsetzung zur Herstellung einer weiteren Hardcoverauflage auf und erklärte nach erfolglosem Ablauf der Fristen jeweils den Rücktritt von den Verlagsverträgen und den Rückruf der Nutzungsrechte. Der Kläger beantragt Feststellung, dass die Rechte nicht an den Beklagten zurückgefallen sind.

Entscheidung

Der BGH betrachtet die erklärten Rücktritte als unwirksam. Zwar handele es sich bei den Übersetzungsverträgen um Verlagsverträge mit einer entsprechenden Auswertungspflicht des Verlages gemäß § 1 S. 2 VerlG. Auf diese Verträge sei damit grundsätzlich auch § 17 VerlG anwendbar, da der Beklagte dem Kläger (hinsichtlich zweier Werke ausdrücklich und hinsichtlich eines Werks konkludent) auch das Recht zur Veranstaltung von Folgeauflagen eingeräumt habe. In einem der Verträge war jedoch das Rücktrittsrecht des § 17 S. 3 VerlG ausdrücklich ausgeschlossen worden.

Hinsichtlich der anderen beiden Verträge verneint der BGH das Rücktrittsrecht nach § 17 S. 3 VerlG. Dieses setze voraus, dass der Verlag keine Neuauflage veranstaltet. Das sei hier nicht der Fall gewesen, da der Kläger durch die Lizenzierung an den Taschenbuchverlag

eine neue Auflage initiiert habe, die nach wie vor lieferbar sei. Dabei mache es keinen Unterschied, ob der Verlag eine Taschenbuchausgabe (oder eine Sonderausgabe) selbst verlegt oder bei einem anderen Verlag in Lizenz gibt.

Die erklärten Rücktritte waren nach Ansicht des BGH auch nicht nach §§ 30, 32 VerlG, § 323 I BGB oder § 41 UrhG begründet.

Praxishinweis

Der BGH macht wichtige Ausführungen zur Geltung des Rücktrittsrechts aus § 17 VerlG auf Übersetzerverträge. Insbesondere stellt er in Fortführung der Entscheidung „Oceano Mare“ (GRUR 2005, 148) klar, dass bei der Anwendung des § 17 VerlG auf Übersetzerverträge immer auch die Rechtslage hinsichtlich des – übersetzten – Originalwerks zu berücksichtigen ist.

Die in § 17 S. 1 VerlG enthaltene Regel, dass der Verlag, der das Recht hat, Neuauflagen zu veranstalten, nicht verpflichtet ist, von diesem Recht Gebrauch zu machen, ist auf Übersetzerverträge angewendet wie folgt zu verstehen: Der Verlag ist ausnahmsweise doch verpflichtet, die Übersetzung neu aufzulegen, nämlich dann, wenn er ohnehin eine Neuauflage des übersetzten Werks plant. In diesem Fall ist er grundsätzlich gehalten, die ihm bereits vorliegende Übersetzung auch für die Neuauflage zu verwenden (BGH, GRUR 2005, 148, 152 – „Oceano Mare“). Will der Verlag keine Neuauflage veranstalten, so steht dem Übersetzer – nach entsprechender Fristsetzung – das Rücktrittsrecht aus § 17 S. 3 VerlG zu (freilich mit der Folge, dass er dann seine Übersetzung regelmäßig nicht anderweitig verwerten kann, weil ihm das Recht am Originalwerk fehlen wird). Erst nach erfolgtem Rücktritt wäre der Verlag berechtigt, das Originalwerk in einer Neuübersetzung neu aufzulegen (BGH, BeckRS 2011, 19243 Tz. 28 – „World's End“). Damit bleibt es für Verlage nach wie vor schwierig, aus künstlerischen oder sonstigen Gründen ein Werk in einer Neuübersetzung auf den Markt zu bringen.

Ausdrücklich zu begrüßen ist die Klarstellung des BGH, dass ein Verlag auch dann Neuauflagen bereithält, wenn es durch ihn initiierte lieferbare Lizenzausgaben des Werks gibt. Ein Rücktritt des Autors kann also bei Lieferbarkeit von Lizenzausgaben nicht mit der Begründung auf § 17 S. 3 VerlG oder auf § 41 UrhG gestützt werden, dass die Hardcoverausgabe beim Verlag nicht mehr lieferbar sei.

Rechtsanwalt Dr. Bernhard von Becker,
Verlagsjustiziar, München

OLG München: Upload einer urheberrechtlich geschützten Datei in Tauschbörse ist Rechtsverletzung von gewerblichem Ausmaß

UrhG § 101 II und IX

Einer Rechtsverletzung i. S. d. § 101 II UrhG, die im Angebot einer Datei mit urheberrechtlich geschütztem Inhalt auf einer Internet-Tauschbörse liegt, kommt grundsätzlich gewerbliches Ausmaß zu, ohne dass es weiterer erschwerender Umstände bedürfte. (Leitsatz des Gerichts)

OLG München, Beschluss vom 26.07.2011 – 29 W 1268/11 (LG München I), BeckRS 2011, 20109

Sachverhalt

Das LG hatte einen Beschluss gemäß § 101 UrhG erlassen, mit dem es einem Internetprovider untersagte, bestimmte IP-Adressen zu löschen. Zugleich gestattete es dem Provider, die Anschlussinhaber einem Urheberrechtsinhaber bekanntzugeben. Die IP-Adressen waren als Verbindungsadressen ermittelt worden, über die Kunden des Internetproviders im Rahmen illegaler Tauschbörsen urheberrechtsverletzende Inhalte zum Upload und zum Download angeboten hatten.

Aufgrund dieser Auskunft nahm der Rechteinhaber die Beschwerdeführerin als Inhaberin eines Anschlusses in Anspruch, über den einer der Uploads erfolgt war. Daraufhin legte die Beschwerdeführerin Beschwerde gegen den Beschluss der Kammer ein und begründete diese damit, dass die in ihren Augen erforderlichen besonderen Umstände nicht geltend gemacht seien, um eine Rechtsverletzung im gewerblichen Ausmaß zu begründen. Die Kammer erachtete die Beschwerde für zulässig, wies sie jedoch als unbegründet zurück.

Entscheidung

Das OLG München bestätigt die erstinstanzliche Entscheidung des LG. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin seien die Voraussetzungen dafür, dem Internetprovider nach § 101 UrhG die Auskunft zu gestatten, erfüllt; insbesondere sei das Erfordernis der Rechtsverletzung in gewerblichem Ausmaß gegeben.

Allein die öffentliche Zugänglichmachung eines Werkes im Rahmen einer Tauschbörse begründe – unabhängig von der Auswertungsphase des Werkes – grundsätzlich das gewerbliche Ausmaß im Sinne von § 101 I 1 UrhG, sodass ein Auskunftsanspruch nach § 101 II Nr. 3 und IX UrhG gegeben sei. Eine Rechtsverletzung gewerblichen Ausmaßes könne sich sowohl aus der Zahl der Rechtsverletzungen als auch aus deren

Schwere ergeben. Eine Rechtsverletzung könne daher auch dadurch die Art und Weise ihrer Begehung gewerbliches Ausmaß annehmen. Maßgeblich sei, dass die Rechtsverletzung der Erlangung eines mittelbaren oder unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteils diene. Vor diesem Hintergrund habe die Zugänglichmachung schon einer einzigen Datei eines urheberrechtlich geschützten Werkes in einer Tauschbörse stets gewerbliches Ausmaß. Diese Handlung führe zu einer vom Nutzer in Kauf genommenen unkontrollierbaren Verfügbarkeit der Datei, und der Täter strebe zumindest mittelbar einen wirtschaftlichen Vorteil an, weil er eigene Aufwendungen für den Erwerb der von den anderen Tauschpartnern kostenfrei bezogenen Werke erspare. Auf die Dauer des Uploads und darauf, ob die Auswertungsphase des Werkes andauere, komme es deshalb nicht an.

Praxishinweis

Angesichts der gesellschaftlichen Debatte über die Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen im Internet überrascht es nicht, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen von § 101 UrhG umstritten sind. Das OLG München stellt unmissverständlich fest, dass derartige Rechtsverletzungen einen erheblichen wirtschaftlichen Schaden verursachen und bekräftigt mit seiner Entscheidung, dass § 101 UrhG eine Schlüsselfunktion bei der Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen im Internet hat. Der Senat beschreibt in deutlichen Worten die wirtschaftlichen Auswirkungen, die die Zugänglichmachung urheberrechtlich geschützter Werke für die Rechteinhaber hat und stellt klar, dass der Upload einer Datei in einer sog. Tauschbörse per se eine Rechtsverletzung in gewerblichem Ausmaß ist.

Die Entscheidung, die in ihrer Deutlichkeit über vergleichbare Entscheidungen anderer Gerichte hinausgeht, leistet einen wichtigen Beitrag dazu, dass der Auskunftsanspruch aus § 101 UrhG nicht durch überspannte Anforderungen an das gewerbsmäßige Ausmaß oder durch Zirkelschlüsse in Bezug auf die Anspruchsvoraussetzungen leerläuft und dadurch ein wichtiges Instrument zur Durchsetzung des Urheberrechts im Internet entwertet wird.

*Rechtsanwalt Dr. Ole Jani,
CMS Hasche Sigle, Berlin* ■

Wettbewerbsrecht

BGH: Keine Einwilligung in Telefonwerbung durch Double-opt-in-Verfahren

UWG § 7 II Nr. 2

1. Die Regelung des § 7 II Nr. 2 UWG, wonach Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern generell nur nach deren vorheriger ausdrücklicher Einwilligung zulässig ist (sog. „opt-in“), steht mit dem Unionsrecht im Einklang.
2. Für den Nachweis des Einverständnisses ist es erforderlich, dass der Werbende die konkrete Einverständniserklärung jedes einzelnen Verbrauchers vollständig dokumentiert, was im Fall einer elektronisch übermittelten Einverständniserklärung deren Speicherung und die derzeitige Möglichkeit eines Ausdrucks voraussetzt.
3. Durch eine Bestätigungs-mail im elektronischen Double-opt-in-Verfahren wird weder ein Einverständnis des Verbrauchers mit Werbeanrufen belegt, noch führt sie für sich allein zu einer Beweiserleichterung zugunsten des Werbenden.
4. Will sich der Verbraucher auch nach Bestätigung seiner E-Mail-Adresse im Double-opt-in-Verfahren darauf berufen, dass er die unter dieser Adresse abgesandte Einwilligung in E-Mail-Werbung nicht abgegeben hat, trägt er dafür die Darlegungslast.
5. Kann der Verbraucher darlegen, dass die per E-Mail übermittelte Bestätigung nicht von ihm stammt, war die Werbezusendung auch dann wettbewerbswidrig, wenn die E-Mail-Adresse im Double-opt-in-Verfahren gewonnen wurde (im Anschluss an BGH, GRUR 2004, 517 – „E-Mail-Werbung I“). (Leitsätze des Gerichts)

BGH, Urteil vom 10.02.2011 – I ZR 164/09 (OLG Dresden), BeckRS 2011, 19244 – „Double-opt-in-Verfahren“

Sachverhalt

Die klagende Verbraucherzentrale nimmt eine Krankenkasse wegen telefonischer Mitgliederwerbung auf Zahlung von Vertragsstrafe sowie Unterlassung in Anspruch. Die Krankenkasse beruft sich auf angeblich im Rahmen eines Online-Gewinnspiels erlangte und im Double-opt-in-Verfahren bestätigte Einwilligungserklärungen. Die Klägerin obsiegte in allen Instanzen.

Entscheidung

Der BGH lässt, weil vorliegend eine hinreichende Konkretisierung erfolgt sei, offen, ob ein gesetzeswiderholender Unterlassungsantrag bei Beanstandung eines Verstoßes gegen § 7 II Nr. 2 UWG ausnahmsweise den Anforderungen des § 253 II Nr. 2 ZPO entspricht. Sodann stellt er die Vereinbarkeit des deutschen Opt-in-Modells für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung

der Telefonwerbung fest, wobei er darauf abstellt, dass trotz der durch die UGP-Richtlinie intendierte Vollharmonisierung Ziff. 26 S. 2 des Anhangs I der RL eine entsprechende nationale Regelung erlaube, indem sie die Regelungen der RL 2002/58/EG unberührt lasse.

Weiterhin stellt der BGH fest, dass eine wirksame Einwilligung der Angerufenen nicht dargelegt sei, wobei die Darlegungs- und Beweislast bei der Beklagten liege. Es folgen Ausführungen zu den Voraussetzungen der Beweisführung bei elektronischer Einholung der Einwilligungserklärung, wobei offen bleibt, inwiefern das Gericht Speicherung und Ausdruck der Erklärung nicht nur als notwendige Voraussetzung eines Beweises, sondern bereits als hinreichende Erbringung desselben ansehen will (in diese Richtung gehend noch die BGH-Pressemitteilung Nr. 29/2011 vom 11.02.2011).

Praxishinweis

Der BGH nutzt die Entscheidung zu weitläufigen, der Sache nach aber kaum nachvollziehbaren Ausführungen zum Double-opt-in-Verfahren. Die insofern einzig entscheidungserheblichen Aussagen finden sich unter Tz. 39, wo verschiedene Gründe dafür ausgeführt werden, warum die in eine Online-Maske eingegebene und später per E-Mail bestätigte Telefonnummer mit Einwilligungserklärung nicht zwingend von dem später unter dieser Telefonnummer zu Werbezwecken Angerufenen herrühren müssen. Die davorstehenden Ausführungen erscheinen demgegenüber irritierend. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die wiederholte Vermengung der Begriffe Einwilligung und Einverständnis (das Einverständnis mit einem Werbeanruf ist für § 7 II Nr. 2 UWG unerheblich, solange es nicht ausdrücklich erklärt ist) sowie die Tatsache, dass der BGH dem Verbraucher, der für gewöhnlich nicht Partei wettbewerbsrechtlicher Verfahren ist, unter bestimmten Umständen eine Darlegungslast auferlegen will und dies auch noch in zwei amtlichen Leitsätzen festhält. Es kann nur gerätselt werden, was das Gericht mit seinen Ausführungen zum Double-opt-in-Verfahren eigentlich zum Ausdruck bringen wollte. Es bleibt zu hoffen, dass es bald Gelegenheit haben wird, dies selbst klarzustellen.

Rechtsanwalt Dr. Mirko Möller, LL.M.,
Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz,
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht,
Schlüter Graf & Partner, Dortmund

Anm. d. Red.: Weiterführende Linkhinweise finden Sie in der Online-Version dieses Beitrags.

BGH: Parallelimport eines Zusatzstoffs für Pflanzenschutzmittel war bis 01.01.2007 bei Identität mit eingetragenen Zusatzstoff rechtmäßig – „RC Netzmittel“

UWG §§ 3 I, 4 Nr. 11; PflSchG § 31 c I

1. Die Eintragung eines Pflanzenschutzmittel-Zusatzstoffes in die für solche Stoffe beim Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit geführte Liste wirkte jedenfalls bis zum 01.01.2007 auch zu Gunsten Dritter.
2. Eine unlautere Handlung ist nicht schon deshalb nicht spürbar im Sinne des § 3 I UWG, weil sie nur einmal oder nur für kurze Zeit vorgenommen worden ist. (Leitsätze des Gerichts)

BGH, Urteil vom 10.02.2011 – I ZR 8/09
(OLG Stuttgart), BeckRS 2011, 19248 –
„RC-Netzmittel“

Sachverhalt

Die Beklagte handelt mit importierten Pflanzenschutzmitteln und Zusatzstoffen für Pflanzenschutzmittel. Sie bot Ende Juni 2006 ein einziges Mal den importierten Zusatzstoff „RC-Netzmittel“ an. Nach dem Vortrag der Beklagten handelt es sich um ein Mittel, das stofflich mit einem Zusatzstoff identisch ist, der in der beim Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit (BVL) geführten Liste zulässiger Zusatzstoffe eingetragen ist.

Die Klägerin entwickelt, produziert und vertreibt in Deutschland Pflanzenschutzmittel und Zusatzstoffe. Sie hält den Vertrieb des genannten Zusatzstoffes für wettbewerbswidrig, weil das Mittel selbst nicht in der Liste zulässiger Zusatzstoffe eingetragen sei. Sowohl das LG als auch das OLG haben der Klage stattgegeben.

Entscheidung

Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Der BGH verweist die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das OLG zurück.

Der BGH ist der Ansicht, dass das Produkt „RC-Netzmittel“ zum Zeitpunkt der Vornahme der beanstandeten Vertriebshandlung am 29.06.2006 verkehrsfähig war, wenn es mit dem nach § 31 c I PflSchG gelisteten Zusatzstoff identisch war. Anders als das OLG meint sei die an diesem Tag in Kraft getretene Änderung des Pflanzenschutzgesetzes nämlich unbeachtlich, da der hierdurch eingeführte § 16 c I PflSchG – falls er Auswirkungen auf § 31 c I PflSchG habe – erst zum 01.01.2007 habe angewendet werden können.

Das Berufungsgericht müsse daher prüfen, ob die behauptete Identität des „RC-Netzmittels“ mit dem in der Liste eingetragenen Zusatzstoffe vorliege. Fehle es daran, liege ein Verstoß gegen § 31 c I PflSchG vor. In diesem Fall sei auch die unbestritten einmalige Verletzungshandlung geeignet, die Interessen der Verbraucher nicht unerheblich bzw. spürbar i.S.d. § 3 I UWG zu beeinträchtigen. Eine einmalige Verletzungshandlung lasse nicht die Spürbarkeit entfallen.

Praxishinweis

Das Urteil führt die bisherige Judikatur des BGH zur Zulässigkeit von Parallelimporten im Pflanzenschutzbereich fort (vgl. Stallberg, StoffR 2009, 216 ff.). Neu daran ist jedoch, dass sich der BGH erstmals mit dem Parallelimport eines Zusatzstoffs und dessen rechtlichen Voraussetzungen beschäftigt.

Auf Grundlage der bis zum 01.01.2007 bestehenden Rechtslage geht der Senat davon aus, dass die Eintragung eines Zusatzstoffes in die Liste zulässiger Zusatzstoffe gemäß § 31 c I PflSchG – ebenso wie die Zulassung eines Pflanzenschutzmittels nach § 11 I 1 PflSchG – grundsätzlich produktbezogen galt, sodass sich ein Importeur hierauf berufen konnte, wenn er die Identität des jeweiligen Imports mit dem gelisteten Zusatzstoff nachweisen konnte.

Nicht entschieden wird indes, ob diese Drittwirkung auch nach Inkrafttreten des § 16 c I 1 PflSchG zum 01.01.2007 gilt. Nach dieser Vorschrift bedarf in Deutschland der Vertrieb eines parallelimportierten Pflanzenschutzmittels bekanntlich einer vom BVL erteilten Verkehrsfähigkeitsbescheinigung. Ob sich dies ebenfalls auf die Drittwirkung des § 31 c I PflSchG auswirkt, lässt der Senat ausdrücklich dahinstehen.

In der Praxis bleibt damit unklar, ob der Parallelimport von Zusatzstoffen nach derzeitiger Rechtslage einer vorherigen Genehmigung durch das BVL bedarf. In gleicher Weise bleibt offen, ob für den vom Importeur zu erbringenden Identitätsnachweis die Herstelleridentität zu fordern ist, wie sie in der seit dem 14.06.2011 geltenden VO (EG) Nr. 1107/2009 (EU-PflanzenschutzmittelVO) beim Parallelimport von Pflanzenschutzmitteln gesetzlich vorgesehen ist.

Rechtsanwalt Dr. Christian Stallberg, LL.M.
(Cambridge), Clifford Chance, Düsseldorf

BGH: Kabelanschluss-Werbung „Kein Telekom-Anschluss nötig“ muss Hinweis auf fehlende Möglichkeit von „Call-by-Call“-Telefonaten enthalten

UWG §§ 5 a, 5; MarkenG §§ 5, 15

Wird in einer an die Allgemeinheit gerichteten Werbung für auf einem Kabelanschluss basierende Telefondienstleistungen damit geworben, dass „Kein Telekom-Anschluss nötig“ oder „Kein Telekom-Telefonanschluss mehr nötig!“ sei, muss darauf hingewiesen werden, wenn bei einer Nutzung der beworbenen Telefondienstleistung keine Möglichkeit besteht, „Call-by-Call“-Telefonate zu führen. (Leitsatz des Gerichts)

BGH, Urteil vom 20.01.2011 – I ZR 28/09
(OLG Köln), BeckRS 2011, 19247 –
„Kein Telekom-Anschluss nötig“

Sachverhalt

Die beklagte Kabelnetzbetreiberin hat Anfang des Jahres 2007 für ihr Telefon- und Internetangebot geworben. Nutzer, die über einen TV-Kabelanschluss verfügen, können über das Kabelnetz zusätzlich auch einen Telefonanschluss und Internetzugang erhalten. Geworben wurde u. a. mit dem Hinweis, dass bei einem Wechsel zur Beklagten „Kein Telekom-Anschluss nötig“ sei. Ein Hinweis darauf, dass über den Kabelanschluss keine „Call-by-Call“-Telefonate geführt werden können, fehlte. Die klagende Deutsche Telekom AG hielt deswegen die Werbung u. a. für irreführend.

Entscheidung

Der BGH befasst sich in der Entscheidung allein mit der Frage, ob eine Irreführung durch Unterlassen vorliegt. Er bejaht das entgegen den Vorinstanzen.

Der Senat stellt zunächst fest, dass das Verschweigen einer für den Verbraucher entscheidungsrelevanten Tatsache sowohl nach § 5 UWG 2004 als auch nach § 5 a UWG 2008 eine unlautere Irreführung ist und sich die Rechtslage durch die UWG-Reform von 2008 nicht verändert hat.

Die Werbeaussage „Kein Telekom-Anschluss nötig“ wurde bereits von den Vorinstanzen dahingehend interpretiert, dass der beworbene Kabelanschluss ein vollwertiger Ersatz für den Telefonanschluss der Telekom sei. Ausgehend von dieser Interpretation erwarte der durchschnittliche Verbraucher von einem Telefonanschluss insbesondere die Möglichkeit zu Call-by-Call-Telefonaten (BGH, GRUR 2008, 729 – „Werbung für Telefondienstleistungen“). Call-by-Call-Telefonate würden insbesondere bei Gesprächen ins Ausland und in Mobilfunknetze von vielen Verbrauchern zur Kostenersparnis genutzt. Über diese fehlende Funktionalität hätte die Beklagte daher aufklären müssen. Da ihr Angebot diese Möglichkeit nicht biete, sei die durch die

Werbeaussage suggerierte Gleichwertigkeit der Leistungen nicht gegeben.

Praxishinweis

Das Urteil ist im Zusammenhang mit anderen Entscheidungen zur vergleichenden Werbung zu sehen. Regelmäßig stellen sich dabei drei Fragen, die auch die Vorinstanzen beschäftigten: Ist die Nennung der Marke oder des Unternehmenskennzeichens eines Konkurrenten eine Markenverletzung? Ist die vergleichende Werbung nach den Vorgaben des § 6 UWG zulässig? Ist die Werbung irreführend?

Die lange Zeit umstrittene Frage, ob die Verwendung fremder Marken oder Unternehmenskennzeichen im Rahmen vergleichender Werbung überhaupt eine Markenbenutzung ist, hat die Rechtsprechung bejaht (EuGH, GRUR 2008, 698). Ist die Werbung aber nach § 6 UWG zulässig, greift nach Ansicht des BGH die Einrede des § 23 MarkenG ein (GRUR 2004, 607 – „Genealogie der Düfte“). Die Markenbenutzung ist somit zulässig (näher Sack, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2. Aufl. 2009, § 6 Rn. 231 ff.).

Die Beurteilung der Zulässigkeit vergleichender Werbung gemäß § 6 II UWG konzentriert sich in der Praxis zumeist auf die Nr. 1 und Nr. 2. Werden Produkte für den gleichen Bedarf oder dieselbe Zweckbestimmung verglichen, darf der Werbende den Vergleich auf den Preis oder eine wesentliche, relevante, nachprüfbar und typische Eigenschaft beschränken. Pickt er sich aber ein ihm günstiges Kriterium wie etwa den Preis heraus, kann eine Irreführung entstehen (vgl. § 5 III UWG), wenn die Werbeaussage den Eindruck erweckt, die Angebote der Konkurrenten seien in wesentlichen Eigenschaften gleich, ohne dies tatsächlich zu sein. An dieser Stelle setzt das Urteil des BGH an und bestätigt die bisherige Linie der Rechtsprechung (EuGH, GRUR 2003, 533; KG, GRUR-RR 2003, 319 – „Berliner Zeitung“; OLG Karlsruhe, GRUR-RR 2008, 407 – „Strom aus Kraft-Wärme-Kopplung“). Akzeptiert man die sehr weitgehende Interpretation der Werbeaussage durch den Senat und die Vorinstanzen, entspricht es der bisherigen Rechtsprechung solche Tatsachen als aufklärungsbedürftig zu erachten, welche die wirtschaftlichen Interessen des Abnehmers an der Gleichwertigkeit der Leistungen betreffen (BGH, GRUR 2000, 616 – „Auslaufmodelle III“; BGH, GRUR 2000, 914 – „Tageszulassung II“).

Prof. Dr. Axel Birk, Institut für Unternehmensrecht,
Hochschule Heilbronn

OLG Frankfurt a. M.: Zur Abgrenzung eines zulässigen mehrstufigen Direktvertriebssystems von unzulässiger progressiver Kundenwerbung

UWG § 16 II; Anhang zu UWG § 3 III Nr. 14

Für die Abgrenzung zwischen zulässigem Multi-Level-Marketing (Strukturvertrieb) und unzulässiger progressiver Kundenwerbung kommt es darauf an, ob in einer Gesamtbetrachtung die Ausgestaltung des Vergütungssystems in erster Linie dem Waren(ab)verkauf dient oder darauf zielt, neue Teilnehmer in die Absatzstruktur einzubinden. (Leitsatz des Verfassers)

OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 12.05.2011 – 6 U 29/11, rechtskräftig (LG Frankfurt a. M.), BeckRS 2011, 16036

Sachverhalt

Die Antragsgegnerin vertreibt weltweit einen auf Basis der sog. Acai-Beere hergestellten Saft. Bestandteil des Vergütungsplans für die Laien-Vertriebsmitarbeiter sind der Höhe nach gedeckelte Boni für die Erst- und Großbestellung eines von ihnen erworbenen weiteren Vertriebspartners, die an eine eigene monatliche Mindestwarenabnahme in Höhe von 114 Euro geknüpft sind; ansonsten ist weder ein Eintrittsgeld erforderlich noch eine bestimmte Mindestabnahme zu gewährleisten. Die Vertriebsmitarbeiter können erworbene Produkte bei Nichtgefallen innerhalb einer 90-Tage-Frist bzw. nach Vertragsbeendigung innerhalb einer Frist von zwölf Monaten zurückgeben.

Das LG Frankfurt a. M. hat den Eilantrag der Antragstellerin mit der Begründung zurückgewiesen, es liege kein Fall der progressiven Kundenwerbung, sondern vielmehr ein zulässiges Multi-Level-Marketingsystem vor.

Entscheidung

Das OLG Frankfurt a. M. verwirft die Berufung der Antragsteller als unbegründet. Die Gesamtbetrachtung des Vergütungssystems der Antragsgegnerin zeige, dass der Warenabsatz an Dritte und nicht die Anwerbung weiterer Vertriebspartner im Vordergrund stehe.

Praxishinweis

Nach dem Willen des Gesetzgebers soll das konturenlose Tatbestandsmerkmal des „besonderen Vorteils“, der dem für eine Vertriebsmitarbeit zu werbenden Laien versprochen wird, die Grenze zwischen einem zulässigen Multi-Level-Marketing-System und einem nach § 16 II UWG unzulässigen und sogar strafbaren Schneeball- oder Pyramidensystem (progressive Kundenwerbung) fixieren. Die Strafnorm entgeht nur deshalb dem Verdikt der verfassungswidrigen Unbestimmtheit, weil das BVerfG sich in dieser Hinsicht unverstündlich großzügig zeigt und alles passieren lässt, was sich hinsicht-

lich Tragweite und Anwendungsbereich im Wege der Auslegung, und sei sie noch so schwierig und umstritten, irgendwie präzisieren lässt (BVerfGE 73, 206, 234 f. = NJW 1987, 43). Ausreichend sei, dass der Normunterworfenen das bloße Risiko der Strafbarkeit erkennen könne (BVerfG, NJW 2008, 3627). In der Praxis hinterließ die Unschärfe des § 16 II UWG bislang keine sonderlichen Spuren, weil die Norm, anders als die Vorgängervorschrift des § 6 c UWG a. F., nur Verbraucher i. S. d. § 2 II UWG, § 13 BGB schützt. Der Laie, der in den Vertrieb eines Produkts einsteigen und damit ein Zubrot verdienen möchte, ist aber als sog. Existenzgründer kein Verbraucher. Dies jedenfalls ist die (zutreffende) Auffassung des III. Zivilsenates des BGH (BGH, NJW 2005, 1273) und des EuGH (BeckRS 2004, 75849 – „Dentalkit“; speziell zu § 16 II UWG ebenso: OLG Hamm, BeckRS 2009, 1928; ausführlich Mäsch/Hesse, GRUR 2010, 10). Der 5. Strafsenat des BGH hat sich aber im Februar 2011 mit nicht überzeugender Begründung über diese Auffassung hinweggesetzt (BGH, NJW 2011, 1236; zustimmend Brammsen/Apel, EWiR § 16 UWG 1/11, 439; kritisch Mäsch, GRUR-Prax 2011, 200), was wohl der Grund dafür ist, dass sich im Urteil des OLG Frankfurt a. M. kein Wort zur Verbrauchereigenschaft der Betroffenen findet. Das ist umso bedenklicher, als das Gericht nicht über die Strafbarkeit, sondern über die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit des Vertriebssystems der Antragsgegnerin zu befinden hat und deshalb zu Recht Nr. 14 der Schwarzen Liste im Anhang zu § 3 III UWG in den Vordergrund rückt. Diese Norm ist aber wegen des vollharmonisierenden Charakters der zugrunde liegenden UGP-Richtlinie mehr noch als § 16 II UWG gegen eine nationale Aufweichung des restriktiven Verbraucherbegriffs des EuGH immunisiert. Weil das OLG das übersieht, muss es sich in seinem Urteil mit der Auslegung der Nr. 14 der Schwarzen Liste *en détail* beschäftigen, die es trotz abweichenden Wortlauts wegen der gleichen Stoßrichtung (vgl. Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 29. Aufl. 2011, Anh. § 3 III Nr. 14 Rn. 14.5) an § 16 II UWG orientieren möchte. Umgekehrt wäre es richtig: Wer § 16 II UWG und den nicht hilfreichen „besonderen Vorteil“ deuten möchte, muss auch bei dieser Norm in einer Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalls die von Nr. 14 der Schwarzen Liste aufgeworfene Frage beantworten: Ist das System in erster Linie auf den Verkauf an Dritte gerichtet oder kann eine Vergütung „allein oder hauptsächlich durch die Einführung weiterer Teilnehmer in das System“ erlangt werden? Nur im letzteren Fall handelt es sich um verbotene progressive Kundenwerbung. Der Senat entscheidet sich nach eingehender Analyse des Sachverhalts richtigerweise dagegen.

Prof. Dr. Gerald Mäsch, Universität Münster ■

LG Arnsberg: Werbung mit Alter des Geschäftsbereichs ist nach Erwerb aus Insolvenzmasse irreführend

UWG § 5 I 2 Nr. 3

Alterswerbung („Wir ... fertigen unsere Geräte seit 1984 ...“) setzt wirtschaftliche Kontinuität eines Unternehmens voraus. Die Fortführung des Familiennamens in der Firmenbezeichnung und der Erwerb der Betriebs- und Geschäftsausstattung eines in Insolvenz geratenen Unternehmens rechtfertigt Alterswerbung nicht, weil mit der Insolvenz und der anschließenden Liquidation der wirtschaftliche Fortbestand des Unternehmens beendet ist. (Leitsätze des Gerichts)

LG Arnsberg, Urteil vom 21.04.2011 – 8 O 104/10, rechtskräftig, BeckRS 2011, 18914

Sachverhalt

Die Parteien, die beide Hallenheizsysteme herstellen und vertreiben, konkurrierten im Jahr 2010 um einen Auftrag eines Installationsunternehmens. Im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens behauptete die 2001 gegründete Beklagte, bereits seit 1984 Hallenheizsysteme zu fertigen. 2004 hatte die Beklagte von dem Insolvenzverwalter die Betriebs- und Geschäftsausstattung eines 1984 gegründeten Wettbewerbers erworben. Den Familiennamen der insolventen Gesellschaft hat die Beklagte in ihre Firma aufgenommen und fortgeführt. Die Gläubigerversammlung hatte kurz vor der Veräußerung an die Beklagte entschieden, den Geschäftsbetrieb einzustellen.

Entscheidung

Das LG verbietet der Beklagten, mit der Behauptung zu werben, „Wir ... fertigen unsere Geräte seit 1984 ...“.

Die Behauptung sei gemäß § 5 I 2 Nr. 3 UWG irreführend, da sie unrichtige Angaben über das Alter der Beklagten enthalte. Eine Alterswerbung enthalte versteckte Qualitätssignale, die geeignet seien, die Kaufentscheidungen der Verbraucher zu beeinflussen. Die Werbung mit einem Gründungsjahr sei sachlich nur dann gerechtfertigt, wenn das Unternehmen trotz aller im Laufe der Zeit eingetretenen Änderungen noch mit dem ursprünglichen Unternehmen als wesensgleich angesehen werden könne. Der Hinweis auf das Alter eines Unternehmens suggeriere Kontinuität. Erforderlich sei grundsätzlich Geschäftskontinuität, bloße Namenskontinuität reiche nicht aus.

In der Insolvenz und der anschließenden Liquidation des 1984 gegründeten Unternehmens sieht das LG einen Bruch in der Geschäftskontinuität. Die Insolvenz habe das Vertrauen der Marktteilnehmer in die wirtschaftliche Leistungskraft, Zuverlässigkeit und Solidität sowie die langjährige Wertschätzung zerstört. Auch

sei die Beklagte nicht Rechtsnachfolgerin des Unternehmens geworden.

Praxishinweis

Alter und Tradition eines Unternehmens werden im Verkehr häufig als Qualitätsmerkmale aufgefasst, die sich unmittelbar auf die Kaufentscheidung auswirken können und damit wettbewerbsrelevant sind (BGH, GRUR 2003, 628 – „Klosterbrauerei“). Um eine Irreführung des Verkehrs auszuschließen, müssen Altersangaben zutreffend sein, was nach der Rechtsprechung wirtschaftliche Kontinuität des Unternehmens in dem maßgeblichen Zeitraum voraussetzt. Denn die dem Unternehmen entgegengebrachte Wertschätzung beruht wesentlich auf der Vorstellung eines traditionsbewussten Unternehmens, das seit Langem mit Erfolg im Markt tätig ist und auf bewährte Produkte setzt.

Von diesen Grundsätzen geht auch das LG aus, berücksichtigt aber nicht hinreichend die besonderen Umstände des zu entscheidenden Falles. Entscheidend ist die wirtschaftliche, nicht die rechtliche Kontinuität des Unternehmens. Inhaberwechsel, Rechtsnachfolge, Änderungen der Firma oder der Rechtsform und selbst fehlende Haftungskontinuität stehen der Annahme einer wirtschaftlichen Kontinuität nicht entgegen. Selbst eine Veränderung des Geschäftsbetriebs ist unschädlich, wenn sie Ausdruck einer organischen Entwicklung ist und der wesentliche Charakter des Unternehmens gewahrt bleibt. Maßgeblich ist die Verkehrsauffassung, sodass auch die Einstellung des Geschäftsbetriebs von geringer Dauer – sei es nun im Rahmen eines Insolvenzverfahrens oder aus anderen Gründen – eine wirtschaftliche Kontinuität nicht ausschließt (OLG Dresden, GRUR 1998, 171 – „Seit 1460“). Erst recht gilt dies, wenn wie in dem zu entscheidenden Fall zwischen der Entscheidung über die Einstellung des Geschäftsbetriebs durch die Gläubigerversammlung und die Veräußerung des Geschäftsbetriebs durch den Insolvenzverwalter ein Zeitraum von nur einem Monat liegt und das erwerbende Unternehmen nicht nur den Geschäftsbetrieb, sondern *auch* den Firmenkern fortführt. Der dadurch erzeugte Rechtsschein prägt wesentlich die Verkehrsauffassung (vgl. auch § 25 I 1 HGB, der jedoch – um dem Zweck des Insolvenzverfahrens nicht zuwiderzulaufen – bei einem Erwerb vom Insolvenzverwalter keine Anwendung findet, BGH, NJW 2006, 1001).

*Rechtsanwalt Dr. Sebastian Heim, LL. M.,
Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz,
Beiten Burkhardt Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,
München*

LG Wuppertal: Bezeichnung „Schloss G.“ für schlossähnliches Anwesen ist nicht irreführend

UWG § 8 I, III Nr. 2, § 5

1. Für die Frage, ob eine Angabe zur Irreführung geeignet ist, ist die Auffassung der Verkehrskreise maßgeblich, an die die Werbung gerichtet ist, nicht der objektive Wortsinn.
2. Hinsichtlich der Bezeichnung „Schloss“ kommt es nicht darauf an, welche architektonischen und historischen Kriterien an ein Schloss zu stellen sind und ob der Erbauer des „Schlosses“ ein Adelliger war.
3. Der räumlich relevante Markt kann auch dann regional begrenzt sein, wenn die Werbung im Internet und damit bundesweit stattfindet. (Leitsätze der Verfasserin)

LG Wuppertal, Urteil vom 19.07.2011 – 11 O 51/11, BeckRS 2011, 19108

Sachverhalt

Der Beklagte bietet die Möglichkeit an, auf einem Anwesen in Nordrhein-Westfalen Firmenfeiern und Familienfeste wie Hochzeiten zu veranstalten. Den Veranstaltungsort bewirbt er im Internet unter „Schloss G.“. Bei dem Anwesen handelt es sich um ein altes, mittelalterlich anmutendes Herrenhaus und Fachwerkgehöft, das mit Türmchen versehen und an den Stil der englischen Schlossarchitektur angelehnt ist. Ob der Erbauer aus einem flämischen Adelsgeschlecht stammte, ist zwischen den Parteien streitig.

Der Kläger ist ein Wettbewerbsverein, dessen Mitglieder ihren Sitz ganz überwiegend in Süddeutschland haben. Er ist der Auffassung, die Bezeichnung „Schloss G.“ verstoße gegen das Irreführungsverbot, da das Anwesen nicht die Merkmale erfülle, die ein Schloss ausmachen, nämlich dass der Erbauer Adelliger war und das Gebäude von Beginn an die Bezeichnung „Schloss“ trug.

Entscheidung

Das LG weist die Klage ab. Die Klage sei bereits unzulässig, jedenfalls aber ungegründet.

Dem Kläger fehle die Prozessführungsbefugnis gemäß § 8 III Nr. 2 UWG. Er verfüge nicht über eine erhebliche Anzahl von Mitgliedern, die ähnliche Dienstleistungen wie der Beklagte auf demselben Markt anbieten. Zwar könne die Internetwerbung des Beklagten auch in Süddeutschland wahrgenommen werden. Der räumlich relevante Markt könne aber auch dann regional begrenzt sein, wenn die Werbung bundesweit stattfindet. Entscheidend sei, ob trotz der räumlichen Entfernung ein Vertragsschluss zwischen Kunde und Werbendem noch möglich erscheint. Dies sei vorliegend wegen der starken Ortsbezogenheit der Dienstleistung des Beklagten nicht anzunehmen.

Darüber hinaus sei die Klage unbegründet. Die Bezeichnung „Schloss“ sei nicht gemäß § 8 I UWG i. V. m. § 5 UWG irreführend. Dabei komme es nicht darauf an, welche architektonischen und historischen Kriterien an ein Schloss zu stellen sind und ob der Erbauer des „Schlosses G.“ ein Adelliger war. Bei der Frage, ob eine Angabe zur Irreführung geeignet ist, sei maßgeblich auf die Auffassung der Verkehrskreise abzustellen, an die die Werbung gerichtet ist, und weniger auf den Wortsinn. Für die maßgeblichen Verkehrskreise, nämlich Ausrichter von Firmenveranstaltungen und Familienfesten (insbesondere Brautpaare), sei es (anders als für einen Historiker, Adelsforscher oder Adelligen) nicht entscheidend, ob das Gebäude von Adelligen erbaut wurde, sondern dass die Feier in einem festlichen Rahmen in schlossähnlicher Architektur und großzügiger Umgebung abgehalten werden kann.

Praxishinweis

Im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung stellt das LG bei der Frage, ob die Angabe „Schloss“ zur Irreführung geeignet ist, auf die Auffassung der angesprochenen Verkehrskreise ab und haftet nicht streng am Wortsinn (BGH, GRUR 1996, 910 – „Der meistverkaufte Europas“; GRUR 2004, 244 – „Marktführerschaft“).

Interessant ist die Entscheidung des LG im Hinblick auf den räumlich relevanten Markt i. S. d. § 8 III Nr. 2 UWG. Bisher ging die Rechtsprechung bei einer Werbung im Internet in der Regel von einem bundesweiten Markt aus (BGH, GRUR 2004, 251 – „Hamburger Auktionator“). Das LG war der Auffassung, dass der relevante Markt trotz der bundesweiten Bewerbung im Internet regional auf Nordrhein-Westfalen begrenzt sei, da das Schloss ausschließlich für Kunden aus der Umgebung bzw. mit einem Bezug zur Umgebung interessant sei. Die Begrenzung des Marktes bei Internetwerbung auf den bestimmungsgemäßen räumlichen Bereich ist vergleichbar mit der neueren Rechtsprechung zur örtlichen Zuständigkeit der Gerichte bei Rechtsverletzungen im Internet. Auch dort verweist die Rechtsprechung darauf, dass allein die Tatsache der Bewerbung im Internet, welches von Natur aus einen ubiquitären Charakter habe, nicht zu einem räumlich unbeschränkten Tätigkeitsbereich des Werbenden führen könne (OLG München, GRUR-Prax 2009, 35 – „Refoderm“ [Matthes]).

*Rechtsanwältin Hanna Karin Held,
Fachanwältin für Gewerblichen Rechtsschutz,
Jonas Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Köln* ■

Lebensmittel- und Arzneimittelrecht

BVerwG: Bezeichnung „Filetstreifen“ für Erzeugnisse aus zerkleinertem und anschließend neu zusammengefügtm Geflügel filetfleisch ist irreführend

LFGB § 11 I; VwGO § 132 II Nr. 1, § 137 II; LMKV § 4 I Nr. 2, V

1. Die dem Tatsachengericht obliegende Feststellung zur Verbrauchererwartung, Produkte wie „Filetstreifen“ oder „Putenbrust, Natur“ würden von einem Stück Geflügelmuskulatur wie gewachsen geschnitten, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Derartige Produktbezeichnungen sind bei Erzeugnissen, die aus einer aus zerkleinertem Fleisch zusammengefügtm und aufgekochten Masse geschnitten wurden, irreführend nach § 11 I LFGB.
2. Die Beachtung besonderer Kennzeichnungsvorschriften schließt nicht allgemein aus, dass ein Produkt durch seine Bezeichnung gegen das Irreführungsverbot des § 11 I LFGB verstoßen kann. (Leitsätze des Verfassers)

BVerwG, Beschluss vom 05.04.2011 – 3 B 79.10 (OVG Lüneburg), BeckRS 2011, 49976

Sachverhalt

Die Klägerin produzierte Erzeugnisse aus Hähnchen- und Putenfleisch. Kontrollen der beklagten Behörde zeigten, dass bei der Herstellung Filetfleisch zerrissen und mit brätartig fein zerkleinerter Substanz in einen Kunstdarm abgefüllt und zunächst gekocht wurde. Nach Erkalten wurde die Masse in gleich große Streifen bzw. Scheiben zerschnitten. Die Klägerin vertrieb diese Produkte sodann unter den Bezeichnungen „Hähnchen-Filetstreifen, gebraten“, „Puten-Filetstreifen, gebraten“ und „Putenbrust, Natur.“ Die Beklagte erkannte darin irreführende Produktbezeichnungen und leitete ein Ordnungswidrigkeitenverfahren ein.

Eine Klage auf Feststellung, die Bezeichnungen seien nicht irreführend, wies das VG Oldenburg ab. Die hiergegen gerichtete Berufung wies das OVG Lüneburg zurück (BeckRS 2010, 50430).

Entscheidung

Das BVerwG weist die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin zurück. Die Klägerin habe keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung i.S.v. § 132 II Nr. 1 VwGO zum Tatbestandsmerkmal der Irreführung nach § 11 I LFGB vorgetragen. Ob eine Angabe irreführend sei, beurteile sich aus der Sicht eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers. Diesen Maßstab habe das Berufungsgericht zugrunde gelegt und sich bei der Ermittlung der Verbrauchervorstellungen u. a. an den Leitsätzen des Deutschen Lebensmittelbuchs orientiert. Die darauf basierenden Feststellungen zur Verbrauchererwartung oblägen als Teil der Tatsachenfeststellung dem

Tatsachengericht, woran das Revisionsgericht nach § 137 II VwGO gebunden sei. Weder hätten diese Feststellungen allgemeinen Erfahrungssätzen widersprochen, noch habe die Klägerin diese erfolgreich mit Verfahrensrügen angegriffen. Zwar könne ein Zerkleinern unvermeidbar sein, wenn industriell hergestellte Fleischerzeugnisse in einheitlichen Formen angeboten werden. Dies schließe aber nicht aus, dass die Bezeichnung derartiger Produkte als „Filetstreifen“ oder „Putenbrust, Natur“ den Verbraucher in die Irre führt, weil dieser sich bei diesen Begriffen falsche Vorstellungen über die Herstellungsweise und das Endprodukt macht. Es sei eine revisionsrechtlich nicht zu beanstandende Annahme des Berufungsgerichts, dass diese Bezeichnungen die Assoziation weckten, die Produkte würden wie im traditionellen Fleischerhandwerk aus einem Stück Geflügelmuskulatur wie gewachsen und nicht aus einer aus teilweise zerkleinertem Fleisch zusammengefügtm Masse geschnitten.

Aus § 4 V LMKV, der nur eine Ergänzung der Verkehrsbezeichnung um die Angabe „aufgetaut“ verlange, könne nicht gefolgert werden, für andere Behandlungen sei bewusst keine Regelung getroffen worden und deshalb kein Hinweis erforderlich. So schließe die Beachtung besonderer Kennzeichnungspflichten keinen Verstoß gegen das allgemeine Irreführungsverbot des § 11 I LFGB aus. Auch wenn eine bestimmte Behandlungsmethode nicht ausdrücklich gekennzeichnet werden muss, folge daraus noch keine Zulässigkeit von Bezeichnungen, die Fehlvorstellungen des Verbrauchers hervorrufen können.

Praxishinweis

Das Argument, eine fehlende Kennzeichnungspflicht nach der LMKV lasse keinen Rückschluss auf die Zulässigkeit einer Produktbezeichnung im Lichte von § 11 I LFGB zu, ist konsequent angesichts der Bedeutung von § 11 I LFGB als Generalklausel (vgl. Wehlau, LFGB, § 11 Rn. 139f.). Diese höchstrichterlichen Ausführungen zur Irreführung im Sinne von § 11 I LFGB werden wohl die Verwaltungsgerichte, die zuletzt vielfach zu Bezeichnungen zusammengesetzter Fleischerzeugnisse zu entscheiden hatten (vgl. Schulteis, GRUR-Prax 2010, 548 ff.) als auch die Zivilgerichte bei der Auslegung von § 11 LFGB im Zusammenhang mit § 4 Nr. 11 UWG beachten (vgl. Ohly, in: Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, 5. Aufl. 2010, § 4 Rn. 11/61).

*Rechtsanwalt Dr. Thomas Schulteis,
Syndikus, Münster*

Kartellrecht

BGH: Schadensersatz aus Verschulden bei Vertragsanbahnung auch ohne Vertrauen des Bieters auf Einhaltung des Vergaberechts – „Rettungsdienstleistungen II“

BGB §§ 241 II, 311 II Nr. 1, § 280 I 1; GWB § 97 VII

Der auf Verstöße des öffentlichen Auftraggebers gegen Vergabevorschriften gestützte Schadensersatzanspruch des Bieters ist nach der Kodifikation der gewohnheitsrechtlichen Rechtsfigur der culpa in contrahendo durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz nicht mehr daran geknüpft, dass der klagende Bieter auf die Einhaltung dieser Regelungen durch den Auftraggeber vertraut hat, sondern es ist dafür auf die Verletzung von Rücksichtnahmepflichten durch Missachtung von Vergabevorschriften abzustellen (Weiterentwicklung von BGH, BGHZ 139, 280, 283 = NJW 1998, 3640; BGH, VergabeR 2008, 219 Leitsatz e = BeckRS 2008, 01230). (Leitsatz des Gerichts)

BGH, Urteil vom 09.06.2011 – X ZR 143/10 (OLG Naumburg), BeckRS 2011, 19053 – „Rettungsdienstleistungen II“

Sachverhalt

Die beklagte Kommune führte ein EU-weites Vergabeverfahren über Rettungsdienstleistungen durch. Die in den Vergabeunterlagen bekanntgemachten Zuschlagskriterien enthielten sowohl bieterbezogene Eignungskriterien als auch auftragsbezogene Wirtschaftlichkeitskriterien. Der klagende Bieter rügte die vergaberechtswidrige Vermischung von Eignungs- und Wirtschaftlichkeitskriterien fristgemäß, nachdem er die Vergabeunterlagen von einem Rechtsanwalt hatte überprüfen lassen. Im Verlauf des sich anschließenden Nachprüfungsverfahrens bestätigte der Vergabesenat des OLG Naumburg diese Rechtsauffassung. Er erkannte daher auf die Nichtigkeit des im Ergebnis der Ausschreibung mit einem anderen Bieter geschlossenen Vertrages und verpflichtete den Beklagten, das Vergabeverfahren aufzuheben.

Nach Aufhebung des Vergabeverfahrens erhob der Bieter gegen die beklagte Kommune einen Anspruch auf Ersatz der für die Prüfung der Vergabeunterlagen entstandenen Rechtsanwaltskosten. Das LG wies die Klage ab, das OLG gab ihr statt.

Entscheidung

Der BGH bestätigt die Entscheidung der Berufungsinstanz und bejaht einen Schadensersatzanspruch des klagenden Bieters aus Verschulden bei Vertragsanbahnung. Der Beklagte habe durch die Verwendung vergaberechtswidriger Wertungskriterien gegen seine aus § 241 II BGB folgende Pflicht zur Rücksichtnahme auf

die Rechte und Interessen des Klägers verstoßen. Aufgrund der für Vergabeverfahren typischen formalisierten Vertragsanbahnung hätten Bieter ein rechtlich geschütztes Interesse daran, dass der öffentliche Auftraggeber das Verfahren unter Einhaltung aller bieterschützenden Bestimmungen durchführe. Dies folge bereits aus dem Grundsatz des § 97 VII GWB.

Nach der Kodifikation der gewohnheitsrechtlichen Rechtsfigur der culpa in contrahendo bedürfe es eines zusätzlichen Vertrauselementes auf Seiten des Schadensersatz verlangenden Bieters nicht mehr. Eine Verletzung der Rücksichtnahmepflicht ergebe sich ohne weitere Voraussetzungen aus dem Anspruch der Bieter, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält. Werde daher wegen eines Vergabeverstößes ein Vergabeverfahren aufgehoben, seien dem Bieter entstandene Aufwendungen aus der Beteiligung am Verfahren zu ersetzen, wie hier die Kosten für die anwaltliche Überprüfung der Vergabeunterlagen.

Der Senat verwehrt dem Beklagten den Einwand, die Kosten für die anwaltliche Prüfung wären auch ohne die Begehung des Vergabeverstößes angefallen. Eine solche Alternativbetrachtung unter Hinwegdenken des Vergabeverstößes widerspreche dem Schutzzweck der verletzten Norm. Der Schutz des § 241 II BGB greife schon dann ein, wenn Vergabeunterlagen in einer Weise fehlerhaft seien, dass eine vergaberechtskonforme Auftragsvergabe nicht mehr möglich ist.

Praxishinweis

Die Entscheidung führt zu einer erheblichen Verschärfung der zivilrechtlichen Haftung der öffentlichen Auftraggeber für Mängel in ihren Ausschreibungsunterlagen. Wird ein Vergabeverfahren aufgrund eines irreparablen Vergabeverstößes aufgehoben, kann der Bieter Aufwendungen für seine Beteiligung am Verfahren ersetzt verlangen, ohne dass es wie früher eines zusätzlichen Nachweises bedarf, dass er sich ohne Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit daran entweder gar nicht oder nicht so wie geschehen beteiligt hätte. Die öffentlichen Auftraggeber sind daher künftig noch mehr gehalten, der Vermeidung von Vergabefehlern größte Aufmerksamkeit zu schenken.

Rechtsanwalt Dr. Klaus Heuvels,
CMS Hasche Sigle, Frankfurt a. M. ■

