



AUSGABE 01 | 2009

Newsletter

Medien, Wettbewerb und Handel



VORWORT

Der erste Newsletter des Jahres 2009 beschäftigt sich mit zwei Gesetzesentwürfen, zwei Urteilen sowie den Schlussanträgen des Generalanwalts in einem EuGH-Verfahren mit apothekenrechtlichem Bezug. Der erste vorgestellte Gesetzesentwurf betrifft weitere Regelungen zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung, die eine zusätzliche Verbesserung des Verbraucherschutzes bewirken sollen. Der Artikel zum Patentrechtmodernisierungsgesetz erläutert die wichtigsten geplanten Änderungen zur Vereinfachung und Modernisierung des Patentrechts, durch die insbesondere eine erhebliche Beschleunigung der Verfahrensdauer beim sogenannten Patentrechtlichkeitsverfahren erreicht werden soll. Weiterhin enthält der Newsletter eine Zusammenfassung des „Payback“-Urteils des BGH, durch das deutlich wird, dass eine wirksame Einwilligung in den Erhalt von Werbung per elektronischer Post nur durch eine eindeutige Erklärung im Rahmen des sogenannten „Opt-In“-Verfahrens erteilt werden kann. Das weitere Urteil des Landgerichts Berlin beschäftigt sich mit äußerungsrechtlichen Aspekten und einer Mitverantwortlichkeit von GOOGLE bei einer Verlinkung auf rechtsverletzende Inhalte. Schließlich widmet sich ein Beitrag den Schlussanträgen des Generalanwalts Bot vom 16.12.2008 in einem Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, der zu der Frage Stellung genommen hat, ob das vom deutschen Gesetzgeber normierte „Fremdbesitzverbot“ für Apotheken mit der so genannten Niederlassungsfreiheit vereinbar ist.

AKTUELLES

GÖRG baut seine Kompetenzen im Bereich IP weiter aus: Rechtsanwältin Ina Depprich (39) verstärkt das Medienrecht am Münchener Standort. Ina Depprich war bislang als Head of Legal and Business Affairs bei der Endemol Deutschland Holding tätig. Die Endemol-Gruppe ist einer der größten weltweit tätigen TV-Produzenten. Ina Depprich ist eine international erfahrene Expertin im Medienrecht und wird zukünftig nicht nur im Bereich Urheber- und Rundfunkrecht, sondern auch bei der Gestaltung von Lizenzverträgen, TV-Formaten und Produktionen sowie dem Erwerb oder Verkauf von Medien-Unternehmen beratend tätig werden.

GESETZ GEGEN UNERLAUBTE TELEFONWERBUNG

Die Bundesregierung hat im Juli 2008 den „Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen“ (Bundestags-Drucksache 16/10734) beschlossen. Mit dem Inkrafttreten des Gesetzes dürfte Anfang 2009 zu rechnen sein.

Bereits nach geltender Rechtslage ist die Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern ohne deren Einwilligung unzulässig, sie stellt eine unzumutbare Belästigung nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb dar, § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG. Wer diesem Verbot zuwider handelt, kann insbesondere von Wettbewerbern oder Verbraucherschutzorganisationen auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Überdies besteht im Falle der schuldhaften Zuwiderhandlung ein Anspruch auf Schadensersatz.

NEUERUNGEN Der Gesetzentwurf hebt nun noch einmal stärker hervor, dass die Einwilligung des Verbrauchers in die telefonische Werbung zuvor und ausdrücklich erklärt worden sein muss. So soll verhindert werden, dass sich werbende Unternehmen auf Zustimmungser-

klärungen berufen, die der Verbraucher in einem anderen Zusammenhang oder nachträglich erteilt hat. Überdies sieht der Entwurf erstmals die Möglichkeit vor, unerlaubte Werbeanrufe gegenüber Verbrauchern mit einer Geldbuße von bis zu 50.000,- Euro zu ahnden.

Auch soll der Anrufer bei Werbeanrufen seine Rufnummer zukünftig nicht mehr unterdrücken dürfen, um seine Identität zu verschleiern. Ein entsprechendes Verbot soll ins Telekommunikationsgesetz (TKG) aufgenommen werden. Bei Verstößen gegen das Verbot der Rufnummernunterdrückung kann eine Geldbuße von bis zu 10.000,- Euro verhängt werden.

Zuletzt eröffnet der Gesetzentwurf Verbrauchern mehr Möglichkeiten, Fernabsatzverträge, also solche Verträge, die sie telefonisch oder im Internet geschlossen haben, zu widerrufen:

Zum einen sollen zukünftig telefonisch geschlossene Verträge über die Lieferung von Zeitungen, Zeitschriften und Illustrierten sowie über Wett- und Lotterie-Dienstleistungen widerrufen werden können. Bisher bestand für solche Verträge kein Widerrufsrecht. Zum anderen werden die Widerrufsmöglichkeiten des Verbrauchers für solche Fälle erweitert, in denen er über sein Widerrufsrecht nicht ordnungsgemäß belehrt wurde, der Unternehmer aber bereits mit der Ausführung der vertraglich geschuldeten Dienstleistung begonnen oder der Verbraucher die Ausführung selbst veranlasst hat. Das Widerrufsrecht erlischt jedoch, wenn der Vertrag von beiden Seiten auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers vollständig erfüllt ist.

BESTÄTIGUNG DES FREMDBESITZVERBOTES FÜR APOTHEKEN? (SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS BOT VOM 16.12.2008 IM VORABENTSCHEIDUNGSVERFAHREN VOR DEM EUGH, AZ: C-171/07 UND C-172/07)

LEITSATZ Art. 43 EG und 48 EG sollen dahingehend auszulegen sein, dass sie einer nationalen Regelung nicht entgegenstehen, nach der nur Apotheker eine Apotheke besitzen dürfen, da eine solche Regelung durch das Ziel gerechtfertigt ist, eine ordnungsgemäße Arzneimittelversorgung der Bevölkerung sicherzustellen.

SACHVERHALT Der DocMorris NV wurde mit Bescheid vom 29.06.2006 von dem Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales des Saarlandes die Erlaubnis zum Betrieb einer Filialapotheke in Saarbrücken mit der Maßgabe erteilt, einen Apotheker für die persönliche Leitung der betreffenden Apotheke in eigener Verantwortung einzustellen. Die Apothekerkammer erhob gegen diesen Bescheid Klage vor dem Verwaltungsgericht des Saarlandes wegen Verstoß gegen das „Fremdbesitzverbot“ gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 iVm §§ 7,8 Apothekengesetz, wonach nur Apotheker eine Apotheke betreiben dürfen. Das Ministerium und DocMorris halten dagegen das „Fremdbesitzverbot“ für gemeinschaftsrechtswidrig wegen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 43 EG. Das Verwaltungsgericht des Saarlandes setzte das Verfahren aus und legte dem EuGH die Frage der Vereinbarkeit des „Fremdbesitzverbotes“ mit der Niederlassungsfreiheit zur Vorabentscheidung vor.

RECHTLICHE WÜRDIGUNG Der Generalanwalt kommt zu dem Ergebnis, dass die Regelungen des deutschen Rechts zum Fremdbesitzverbot zwar eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellen, dass diese Beschränkung aber im Hinblick auf den damit angestrebten Schutz der Gesundheit der Bevölkerung, insbesondere dem Ziel der Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung als gerechtfertigt anzusehen ist. Dabei ist

der Generalanwalt dem Argument der fehlenden Eignung der Regelungen zum Schutz der Bevölkerung wie folgt entgegengetreten:

- Es sei nicht zu unterscheiden zwischen den internen Aspekten (Eigentum, Führung) der Apotheke und den externen Aspekten (Beziehung zu Dritten), da der Eigentümer zwangsläufig auch die Arzneimittelabgabepolitik beeinflusse.
- Die Qualität der Arzneimittelabgabe werde durch die Unabhängigkeit des Apothekers gewährleistet.

Auch das von der Gegenseite vorgebrachte Argument der Unverhältnismäßigkeit der deutschen Regelungen hat der Generalanwalt im Ergebnis verneint, da jedes Mitgliedsland selbst bestimmen könne, auf welchem Niveau es den Schutz der Gesundheit gewährleisten will. Zudem sei mangels vollständiger Harmonisierung des Gesundheitswesens jedem Mitgliedsstaat ein Beurteilungsspielraum eingeräumt, Art 152 Abs. 5 EG. Diesen Beurteilungsspielraum habe der deutsche Gesetzgeber gewahrt, in dem die im Streit stehenden Regelungen präventiv die Interessenkonflikte zwischen einer vertikalen Integration des pharmazeutischen Bereichs und der Qualität der Arzneimittelabgabe vermeiden sollen. Insbesondere ist der Generalanwalt der Auffassung, dass die Abgabe optischer Erzeugnisse – dort hatte der EuGH eine dem Fremdbesitzverbot ähnliche Regelung beanstandet – nicht vergleichbar sei mit der Abgabe von Arzneimitteln.

Sollte der EuGH sich den Anträgen des Generalanwaltes anschließen, wäre der Fall des Fremdbesitzverbotes und die damit verbundene Kapitalisierung des Apothekenmarktes erst einmal vom Tisch.



SCHUTZ VOR WERBUNG DURCH E-MAIL UND SMS – PAYBACK (BGH URTEIL VOM 16.07.2008, VIII ZR 348/06)

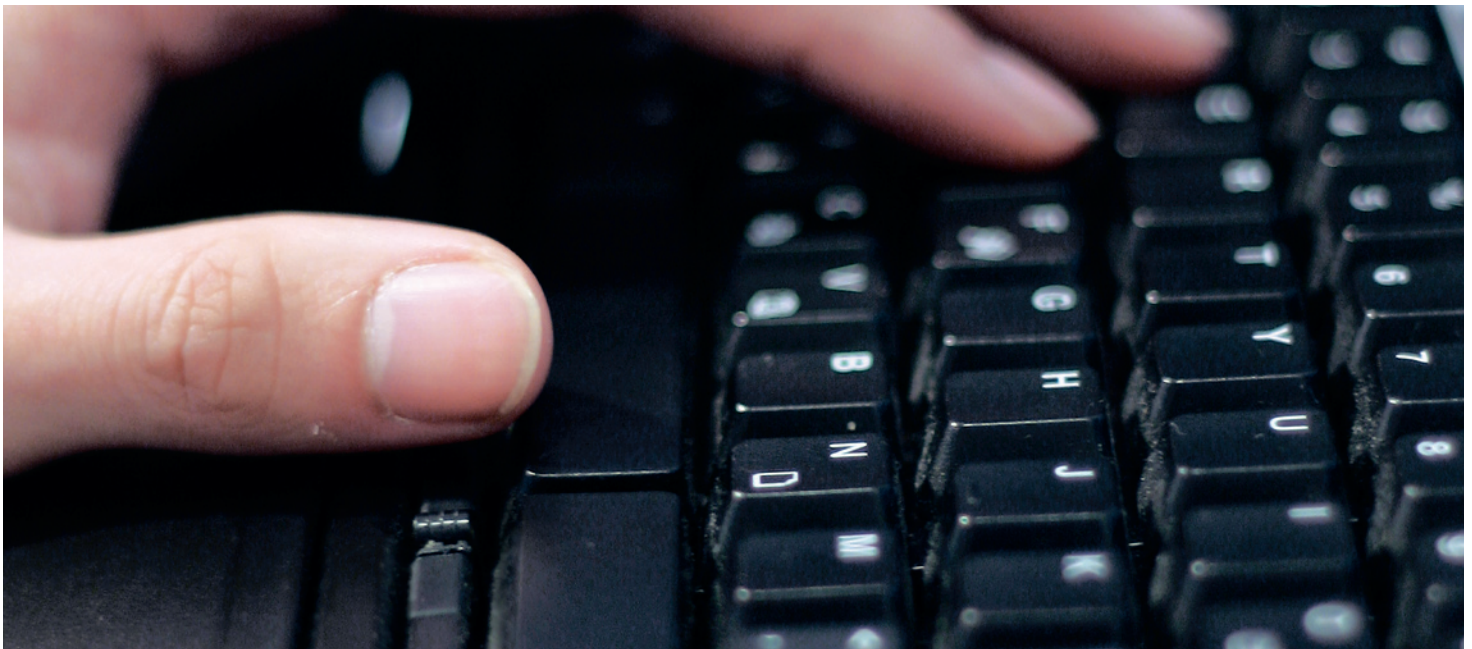
LEITSATZ (NICHT AMTLICH) Für die Einwilligung eines Kunden in den Erhalt von Werbung per SMS und/oder E-Mail bedarf es einer spezifischen Einwilligungserklärung des Kunden durch eine eindeutige Handlung. Einwilligungsklauseln, die so gestaltet sind, dass der Kunde tätig werden muss, wenn er keine Werbung erhalten will, sind unzulässig.

SACHVERHALT (GEKÜRZT) Die Formulare für die Teilnahme am Payback-System sahen vor, dass der Kunde mit seiner Unterschrift unter ein Formular, das eine Vielzahl von Regelungen enthielt, zugleich die Einwilligung in den Erhalt von Werbung per SMS und/oder E-Mail enthalte. Der Kunde hatte lediglich die Möglichkeit, durch Ankreuzen eines Kästchens klarzustellen, dass er die Einwilligung nicht erteilt. Des Weiteren sah das Formular vor, dass der Kunde für die Teilnahme am Payback-Programm sein Geburtsdatum anzugeben hatte und die Rabattdaten zur Gutschrift und Abrechnung gegenüber Partnerunternehmen bekannt gegeben werden.

RECHTLICHE WÜRDIGUNG Mit der höchstrichterlichen Entscheidung ist jetzt endgültig geklärt, dass für die Einwilligung in den Erhalt von Werbung per elektronischer Post nur eine eindeutige Erklärung im Rahmen des sog. „Opt-in“ ausreicht. Dies bedeutet, dass der Kunde durch eine eindeutige Erklärung deutlich machen muss, dass er mit Werbung per elektronischer Post einverstanden ist. Hingegen sind Einwilligungen im Rahmen des sog. „Opt-out“ gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG unzulässig; allein die Tatsache, dass der Kunde von einer Widerspruchsmöglichkeit keinen Gebrauch macht, führt nicht zur Zulässigkeit einer Versendung von Werbung per elektronischer Post. In diesem Zusammenhang ist anzuraten, dass die Einwilligungserklärung durch eine von übrigen Klauseln getrennte Klausel, für die eine spezifische Erklärungshandlung vorgesehen

ist, erteilt wird. Ansonsten besteht die Gefahr, dass die Einwilligung den strengen Maßstäben der höchstrichterlichen Rechtsprechung, die an eine eindeutige Erklärungshandlung angelegt werden, nicht genügt.

Hingegen war der Bundesgerichtshof in anderen datenschutzrechtlichen Fragen weniger streng: So hat er es gebilligt, dass der Kunde für die Teilnahme am Payback-System sein Geburtsdatum anzugeben hat. Der Betreiber des Payback-Systems hatte argumentiert, dass dieses der eindeutigen Identifizierung von Daten des gleichen Kunden diene. Der Bundesgerichtshof war hierzu der Ansicht, dass dies für die Zulässigkeit der Datenerhebung gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG ausreicht; es ist nicht erforderlich, dass die Angabe des betreffenden Datums unumgänglich ist. Ähnliches gilt für die Weitergabe der im Sachverhalt genannten Daten. Der Bundesgerichtshof hat hierzu festgestellt, dass diese der Durchführung des Rabattsystems dienen und deshalb weitergegeben werden dürfen. Aus der Sicht von Unternehmen, die Kundendaten verwalten, enthält die Entscheidung des Bundesgerichtshofs daher durchaus „Licht im Schatten“.



GOOGLE DARF NICHT MIT RECHTSVERLETZENDEN INHALTEN VERLINKEN (LANDGERICHT BERLIN URTEIL VOM 15.07.2008 - 16 O 293/08)

Das Landgericht Berlin hat der GOOGLE Inc. als Betreiberin der gleichnamigen Suchmaschine mit Beschluss vom 15. Juli 2008, Az.: 16 O 293/08, untersagt, über Suchergebnisseinträge in ihrer Suchmaschine eine Verlinkung mit einer von der Antragstellerin konkret benannten Internetseite zu erstellen. Danach ist GOOGLE unter Umständen nicht nur für eigene Inhalte, sondern auch für die Inhalte der Seiten Dritter jedenfalls dann verantwortlich, wenn der Betroffene GOOGLE von der Verlinkung in Kenntnis setzt.

SACHVERHALT Die Antragstellerin musste feststellen, dass auf einer Internetseite über private Lebensumstände berichtet und Auszüge aus von ihr verfassten Briefen veröffentlicht wurden. Vom Betreiber dieser Seite existierte keine ladungsfähige Anschrift, so dass ein gerichtliches Vorgehen gegen ihn allenfalls erschwert möglich, jedenfalls die Vollstreckung eines Untersagungstitels unmöglich war. Auffindbar wurde die Seite im Wesentlichen bei Eingabe des Namens der Antragstellerin in das GOOGLE-Suchfeld. Hierbei erschien an oberster Stelle ein Eintrag, in dem der Name der Antragstellerin zusammen mit ihrer Berufsbezeichnung genannt wurde. So war schon im GOOGLE-Eintrag deutlich, dass es auf der verlinkten Seite um sie gehen würde. Um wenigstens die Auffindbarkeit der rechtsverletzenden Seite einzudämmen, verlangte die Antragstellerin von GOOGLE die Unterlassung der Verlinkung und damit der Veröffentlichung des Suchergebniseintrags.

RECHTLICHE WÜRDIGUNG Das Landgericht Berlin gab der Antragstellerin Recht. GOOGLE sei jedenfalls nach Kenntnis von der Rechtsverletzung, die durch eine anwaltliche Abmahnung vermittelt wurde, verpflichtet gewesen, die Verlinkung zu unterlassen. GOOGLE wirke als Störerin

adäquat-kausal an der Rechtsverletzung mit. Es sei GOOGLE auch zumutbar, nach Kenntniserlangung zu handeln. Der Beschluss ist nicht rechtskräftig.

KONSEQUENZ Die Entscheidung hat Bedeutung über den Einzelfall hinaus. Wer bei GOOGLE eine Suche zu seinem Unternehmen oder seinem Namen startet, findet oft genug Einträge, die auf Websites, Blogs, Mind-Diaries etc. verlinkt sind, die unwahre oder schmähende Äußerungen enthalten. Diese Seiten haben Einfluss auf die Wahrnehmung des Unternehmens in der Öffentlichkeit. Ein Vorgehen gegen die Betreiber dieser Inhalte wird vielfach nicht nur durch Verschleierungstechniken erschwert. Die erfolgreiche Geltendmachung von Untersagungsansprüchen gegen GOOGLE kann die Relevanz dieser Seiteninhalte letztlich ganz erheblich reduzieren. Ohne die Möglichkeit eines Vorgehens gegen GOOGLE müsste der Betroffene auf unabsehbare Zeit hinnehmen, dass gegen ihn gerichtete Rechtsverletzungen zeitlich uneingeschränkt erfolgen und zudem noch leicht auffindbar sind.

PATENTRECHTSMODERNISIERUNGSGESETZ

Am 15.10.2008 hat das Bundeskabinett den „Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung und Modernisierung des Patentrechts“ beschlossen. Der Gesetzentwurf bezweckt eine Vereinfachung des deutschen Patentrechts und anderer Gesetze im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes, indem Verfahrensabläufe vereinfacht und überflüssige oder überholte Regelungen gestrichen werden.

NEUERUNGEN

Kernstück des Gesetzes sind Änderungen beim Patentnichtigkeitsverfahren, in dem gerichtlich überprüft wird, ob ein Patent zu Recht erteilt wurde. Die vorgeschlagenen Änderungen sollen zu einer Verbesserung und Beschleunigung der bisher teils sehr lange dauernden Verfahren führen. So wird allein in der Berufungsinstanz vor dem Bundesgerichtshof mit einer Halbierung der Verfahrensdauer von zur Zeit mehr als vier Jahren gerechnet. Die Beschleunigung soll insbesondere dadurch erreicht werden, dass – anders als bisher üblich – grund-

sätzlich kein Sachverständiger mehr bestellt wird. Darüber hinaus öffnet die Berufung in Nichtigkeitsverfahren nach dem geltenden Verfahrensrecht eine vollständige neue Instanz, so dass der gesamte Stoff der ersten Instanz erneut verhandelt werden muss. Künftig wird sich die Berufung darauf konzentrieren, die erstinstanzliche Entscheidung auf Fehler zu überprüfen, so wie nach den allgemeinen Vorschriften der Zivilprozessordnung (ZPO) vorgesehen. Die Aufgabe des Bundesgerichtshofes soll sich daher auf eine Rechtskontrolle der Entscheidung des Bundespatentgerichts (Gericht erster Instanz) beschränken. Durch diese Verfahrensbeschleunigung sollen letztlich alle, also Patentinhaber, Konkurrenten und die Öffentlichkeit profitieren, da schneller darüber Klarheit geschaffen wird, ob die patentierte Erfindung geschützt ist oder nicht.

Darüber hinaus wird auch das Verfahren bei Arbeitnehmererfindungen vereinfacht. Kernpunkt der Neuregelung ist die Einführung einer fiktiven Inanspruchnahme einer Diensterfindung durch den Arbeitgeber vier Monate nach der entsprechenden Erfindungsmeldung durch den Arbeitnehmer. In der Sache selbst hingegen bleibt es bei dem bewährten Interessenausgleich: Der Arbeitgeber hat grundsätzlich einen Anspruch auf die Diensterfindung des Arbeitnehmers, während dem Arbeitnehmer im Gegenzug ein Vergütungsanspruch zusteht.

DR. STEFAN LIECK

UNSERE STANDORTE

BERLIN

Klingelhöferstraße 5
D-10785 Berlin

ESSEN

Alfredstraße 279
D-45133 Essen

FRANKFURT/M.

Neue Mainzer Str. 69-75
D-60311 Frankfurt/M.

KÖLN

Sachsenring 81
D-50677 Köln

MÜNCHEN

Prinzregentenstraße 22
D-80538 München

WWW.GOERG.DE

IHRE ANSPRECHPARTNER

BERLIN

— Daniel Fuchs
dfuchs@goerg.de / Tel +49 – 30 – 88 45 03-143

FRANKFURT/M.

— Dr. Christian Pabst
cpabst@goerg.de / Tel +49 – 69 – 17 00 00-140

KÖLN

— Dr. Katja Kuck
kkuck@goerg.de / Tel +49 – 221 – 33 660-284

— Dr. Wolfgang Prinz
wprinz@goerg.de / Tel +49 – 221 – 33 660-264

— Dr. Christof Siefarth, LL.M.
csiefarth@goerg.de / Tel +49 – 221 – 33 660-294

MÜNCHEN

— Dr. Axel Czarnetzki
aczarnetzki@goerg.de / Tel +49 – 89 – 3 09 06 67-71

Dieser Newsletter wurde nach bestem Wissen und Gewissen, jedoch als generelle Leitlinie erstellt und kann nicht die Beratung im Einzelfall ersetzen. Eine Haftung kann daher nicht übernommen werden. Sollten Sie den Bezug dieses Newsletters nicht mehr wünschen, bitten wir um entsprechende Mitteilung per E-Mail an kbuettnner@goerg.de