



GB – Der Grüne Bote

ZEITSCHRIFT FÜR LAUTERKEITSRECHT UND GEISTIGES EIGENTUM

<http://www.gb-online.eu>

4/2009

Aus dem Inhalt

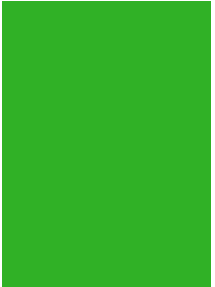
- *Olivia Bartel*, Dreidimensionale Produktmarken und das „Bounty“-Urteil des EuG
- *Tina Berger*, Die mittelbare Patentverletzung (§ 10 PatG)

Herausgeber:

Prof. Dr. Volker Michael Jänich
Prof. Dr. Paul T. Schrader, LL.M.oec.
Dr. Jan Eichelberger, LL.M.oec.

Ständige Mitarbeiter:

Carsten Johné • Laura Maria Zentner
Stephan Kunze • Steffen Eisenschmidt • Tina Berger



Zitiervorschlag: Schrader, GB 2009, 179 (180)

ISSN: 1868-114X

VORWORT

Liebe Leserinnen und Leser,



vor Ihnen liegt nunmehr die zweite Ausgabe des GB im neuen Layout. Ich freue mich sehr, dass die neue Gestaltung bei den Lesern auf eine positive Resonanz gestoßen ist

Besonders aufmerksam machen möchte ich Sie auf die redaktionellen Beiträge am Anfang des Grünen Boten. *Olivia Bartel* nimmt die „Bounty“-Entscheidung des EuG zum Anlass, aktuellen Entwicklungen im Recht der dreidimensionalen Produktmarken nachzuspüren.

Mit einem hochaktuellen Thema setzt sich *Tina Berger* auseinander. Die gerade vergangene GRUR-Tagung in Nürnberg hat gezeigt, dass der Begriff der mittelbaren Patentverletzung mit großen Unsicherheiten behaftet ist. Der Beitrag von *Berger* gibt nach meinem Dafürhalten wertvolle Impulse und eine dogmatische Verfestigung dieses Begriffes.

Sofern auch Sie Interesse an der Veröffentlichung eines Beitrages haben: Nähere Informationen finden Sie auf der Seite <http://www.gb-online.eu>. Die Herausgeber freuen sich auf Ihre Manuskripte!

Mit besten Grüßen aus Jena

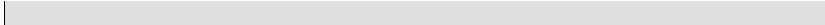
Ihr

Prof. Dr. Volker Michael Jänich

INHALTSVERZEICHNIS

A. Beiträge	287
I. Aufsätze und Urteilsanmerkungen	287
<i>Bartel</i> , Dreidimensionale Produktmarken und das „Bounty“-Urteil des EuG	287
<i>Berger</i> , Die mittelbare Patentverletzung (§ 10 PatG)	293
II. Buchbesprechung	311
Paul Ströbele/Franz Hacker (Hrsg.), Markengesetz (<i>Eichelberger</i>)	311
B. Entscheidungen	312
I. EuGH / EuG	312
1. Markenrecht	312
2. Geschmacksmusterrecht	313
3. Urheberrecht	313
4. Patentrecht	313
II. Bundesgerichtshof	314
1. Patentrecht / Gebrauchsmusterrecht	314
2. Urheberrecht/ Geschmacksmusterrecht	315
3. Markenrecht	316
4. Wettbewerbsrecht	318
5. Kartellrecht	321
6. Sonstiges	321
III. Bundespatentgericht	322
1. Patent- und Gebrauchsmusterrecht	322
2. Marken- und Kennzeichenrecht	324
IV. Instanzgerichte	327
1. Patentrecht / Gebrauchsmusterrecht	327
2. Urheberrecht / Geschmacksmusterrecht	328
3. Markenrecht	332
4. Wettbewerbsrecht	335
5. Kartellrecht	341
C. Pressemitteilungen	345
I. Pressemitteilungen des EuGH	345
II. Pressemitteilungen des BGH	350
III. Pressemitteilungen der Instanzgerichte	352
IV. Pressemitteilungen des Bundesministeriums für Justiz	355
V. Pressemitteilungen des Bundeskartellamtes	359
D. Aufsätze / Urteilsanmerkungen	366
I. Patentrecht / Gebrauchsmusterrecht	366
II. Urheberrecht / Geschmacksmusterrecht	368
III. Marken- und Kennzeichenrecht	372
IV. Wettbewerbsrecht	374
V. Kartellrecht	375
VI. Sonstiges	379
VII. Ausgewertete Zeitschriften	382

E. Best of IP	383
<i>Eichelberger</i> , Richter am Landgericht bald nur noch mit Jodeldiplom? – Anm. zu <i>LG München</i> , Urt. v. 23.7.2009 – 7 O 22065/08 (Kufsteiner-Lied).....	383
„Gib mal Zeitung“ – Bundesgerichtshof zu den Grenzen humorvoller Werbevergleiche – BGH, Urt. v. 1.10.2009 – I ZR 134/07 PM BGH Nr. 201/2009	384
F. Impressum	386



A. BEITRÄGE

I. AUFSÄTZE UND URTEILSANMERKUNGEN

DREIDIMENSIONALE PRODUKTMARKEN UND DAS „BOUNTY“-URTEIL DES EUG

von RAin Olivia Bartel, LL.M.*

I. Bedeutung

In einem Aufsehen erregenden Urteil fällt das EuG¹ eine Entscheidung, die sich einmal mehr mit der Problematik der dreidimensionalen Marke in der Form der Ware auseinanderzusetzen hatte. Nicht nur ging es nach der „Goldhasen-Entscheidung“ des EuGH² erneut um Süßwaren, sondern auch um die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine dreidimensionale Markenform als im Verkehr durchgesetzt gilt.

Diese Problematik führt die Frage fort, ob der Erwerb von Markenrechten für eine Warenform im Ergebnis zum theoretisch ewigen Schutz des Produkts selbst führen kann und darf³.

II. Zusammenfassung des Sachverhalts

Die streitgegenständliche dreidimensionale Marke in Form eines Schokoriegels mit vier abgerundeten Ecken und drei Höckern auf der Oberseite wurde am 7. Mai 1998 beim Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt in Alicante unter anderem für Waren der

Klassen 29, 30 – *Snacks, nichtmedizinische Süßwaren, Kuchen, Kekse, Eis* – angemeldet.

Obwohl im Verlauf des Eintragungsverfahrens so genannte Bemerkungen Dritter zur Eintragungsfähigkeit (Art. 41 Gemeinschaftsmarkenverordnung) eingereicht wurden, wurde die Marke am 24. April 2003 in das Register eingetragen. Noch im selben Jahr stellte Ludwig Schokolade GmbH & Co. KG einen Löschungsantrag, der sich auf Art. 51 (1)(a) Gemeinschaftsmarkenverordnung (GMV) (jetzt Art. 52 (1)(a)) in Verbindung mit Art. 7(1)(b), (c) und (e)(i) GMV stützte. Die Marke sei nicht eintragungsfähig gewesen, da ihr die Unterscheidungskraft fehle, sie freihaltebedürftig sei und aus einer Form, die durch die Art der Ware selbst bedingt ist, bestehe.

Die Lösungsabteilung des Harmonisierungsamts lehnte den Antrag unter Hinweis der erwiesenen Verkehrsdurchsetzung im Sinne des Art. 7(3) GMV ab. Die Beschwerde der Antragstellerin hiergegen hatte Erfolg. Die Marke sei nicht unterscheidungskräftig und habe auch nicht – entgegen der Ansicht der Lösungsabteilung – die mangelnde Unterscheidungskraft durch Benutzung überwunden.

Die auf die anschließende Klage der Mars Inc. ergangene Entscheidung des EuG beschäftigt sich eingehend mit den Voraussetzungen der Verkehrsdurchsetzung im Sinne des Art. 7 (3) GMV und kommt zu dem Schluss, dass Art. 7(1) (b) GMV von der Beschwerdekammer richtigerweise als erfüllt angesehen wurde und die Beweismittel zur Überwindung dieses Eintragungshindernisses durch Benutzung im Verkehr nicht ausreichend waren. Das Gericht stellte fest, dass eine lang andauernde Nutzung nicht zwingend auf einen bestimmten Marktanteil schließen lasse und dass die Verkehrsdurchsetzung zum Zeitpunkt der Anmeldung der Marke vorgele-

* Die Autorin ist Rechtsanwältin im Bereich des Marken- und Wettbewerbsrechts in der Anwaltssozietät Grünecker, Kinkeldey, Stockmair & Schwanhäusser in München.

¹ Urteil vom 8.7.2009 in der Sache T-28/08 Mars Inc./Ohim, Ludwig Schokolade GmbH & Co KG.

² EuGH-Urteil vom 11.6.2009 in der Sache C-529/07 – Schokoladenfabriken Lindt & Sprüngli AG/Franz Hauswirth GmbH.

³ Vgl. hierzu Jaeschke GRUR 2008, 749.

gen haben müsste. Da die Gemeinschaft zu diesem Zeitpunkt 15 Mitgliedstaaten hatte, war es nicht ausreichend, die Verkehrsdurchsetzung nur in sechs Mitgliedstaaten nachzuweisen. Auch konnten dieses Ergebnis nicht auf die übrigen neun Mitgliedstaaten hochgerechnet werden.

Die Beweislast für die Verkehrsdurchsetzung liegt beim Markeninhaber, weshalb in diesem Fall auch nicht das Recht auf rechtliches Gehör im Sinne der Artt. 73, 74 GMV verletzt war, weil Mars, Inc. auf die Notwendigkeit der Vorlage von Beweisen aus allen 15 Mitgliedstaaten nicht hingewiesen worden war.

Die Entscheidung des EuG enthält damit wesentliche Aussagen zu den Voraussetzungen der Verkehrsdurchsetzung nach Art. 7 (3) GMV.

III. Problemstellung

Das grundsätzliche Problem bei so genannten produktabhängigen Formmarken⁴ ist deren Schutzfähigkeit als Marke neben den weiteren gewerblichen Schutzrechten wie dem Geschmacksmuster-, Patent- und Urheberrecht⁵. Hierbei ist der *numerus clausus* der gewerblichen Schutzrechte zu beachten. Hinzu kommt, dass Patent- und Geschmacksmusterrecht zeitlich begrenzten Schutz gewähren. Es ist nicht möglich, die Schutzrechte über einen gewissen Zeitraum – wie bei Marken – immer wieder durch Zahlung einer Gebühr zu verlängern. Da es aufgrund der Abgeschlossenheit des Systems der gewerblichen Schutzrechte eine Ausweitung des Schutzes in die Breite nicht geben kann, wird oft versucht, die innere Abgrenzung zu verschieben, um den Grundsatz des endlichen Monopols von Geschmacks- und Gebrauchsmustern sowie Patenten über das Markenrecht auszuhebeln.

Die absoluten Eintragungshindernisse des Markenrechts definieren jedoch klare Voraussetzungen der Abgrenzung der Marke von anderen Schutzrechten wie Patenten und Geschmacksmustern.

Bei der Betrachtung dieses Problems muss ferner zwischen der Ebene der Eintragungsfähigkeit und der späteren Durchsetzung der Markenrechte unterschieden wer-

den. Marken, die gerade so die Schwelle zur Eintragungsfähigkeit genommen haben, können einen so geringen Schutzzumfang haben, dass ihre Durchsetzung praktisch immer scheitern muss.

1. Unterscheidungskraft nach Art. 7(1)(b) GMV

Nach Art. 7 (1)(b) GMV muss eine Marke Unterscheidungskraft besitzen, um eintragungsfähig zu sein. Die Unterscheidungskraft definiert der EuG im Bounty-Urteil anhand der ständigen Rechtsprechung mit der Fähigkeit der Marke, die Waren, für die sie eingetragen ist, als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu identifizieren, und damit die Fähigkeit, das Produkt von denen eines anderen Unternehmens zu unterscheiden⁶.

Ob die Marke eine solche Unterscheidungskraft besitzt, wird anhand der Waren und Dienstleistungen und der Sichtweise der durch diese angesprochenen Verbraucher geprüft.

Bei dreidimensionalen Produktmarken ist zu beachten, dass der durchschnittliche Verbraucher nicht daran gewöhnt ist, anhand der äußeren Silhouette eines Produkts das Herstellerunternehmen zu bestimmen⁷. Dennoch dürfen an die Unterscheidungskraft dreidimensionaler Marken keine höheren Anforderungen gestellt werden als üblicherweise bei anderen Markenformen⁸.

Im vorliegenden Fall haben Lösungsabteilung, Beschwerdekammer und das Gericht übereinstimmend die Unterscheidungskraft der Bounty-Schokoriegelform abgelehnt. Das Kriterium, das bei Formmarken ausschlaggebend ist, nämlich die Abweichung der Form vom Rahmen der verkehrsüblichen Gestaltungsvielfalt, sei hier nicht erfüllt⁹.

Wie das Gericht in seiner Entscheidung ausführt, sei die längliche Form einem Schokoriegel immanent und auch das Wort „Riegel“ (im Englischen „bar“) sei schon ein Hinweis auf diese Form. Auch die abgerundeten Ecken des Bounty-Riegels seien keine Abweichung vom Üblichen. Dies habe

die Klägerin selbst in der Verhandlung zugegeben und keinerlei Nachweise geliefert, inwiefern die anderen, ebenfalls mit abgerundeten Ecken auf dem Markt erhältlichen Schokoriegel lediglich Kopien des eigenen Produkts darstellten.

Auch die drei „Höcker“ auf der Oberseite des Riegels änderten nichts an diesem Ergebnis. Der relevante Verbraucher nehme diese lediglich als unbeachtliche Verzierungen wahr.

Demgegenüber hat bereits im Jahr 2004 das Bundespatentgericht¹⁰ auf deutscher Ebene in Bezug auf eine Schokoriegelform entschieden, dass der Phantasie bei der Gestaltung von Schokoladenerzeugnissen keine Grenzen gesetzt sind und die dreidimensionale (unverpackte) Form daher für schutzfähig gehalten. Es ging hierbei um einen ebenfalls länglichen Schokoriegel, der jedoch vierrippig nebeneinander angeordnet ist. Das Gericht konnte nicht feststellen, dass diese Form auf dem Warengebiet der Süßwaren üblich ist. Auch ein Vergleich mit ebenfalls gerippten Schokoladentafeln ergab keine Üblichkeit. Entscheidend war hierbei, dass der streitgegenständliche Schokoriegel nach Abbruch einer Rippe keine Stückchen wie etwa bei Schokoladentafeln, sondern eine Stange bildete.

Im Vergleich zum Bundespatentgericht herrschen somit auf europäischer Ebene deutlich strengere Anforderungen an die Unterscheidungskraft eines Schokoriegels. Insgesamt ist damit zu sagen, dass das vom EuGH aufgestellte Erfordernis einer „erheblichen Abweichung der Form von Norm und Branchenüblichkeit“¹¹ zumindest auf europäischer Ebene eine höhere Hürde als bei anderen Markenformen in Bezug auf die Unterscheidungskraft aufstellt¹².

2. Freihaltebedürfnis nach Art. 7(1)(c) GMV

Ob Art. 7 (1)(c) GMV neben Art. 7(1)(b) GMV anwendbar ist, wurde von der Beschwerdekammer offen gelassen, da sie bereits Art. 7(1)(b) GMV als erfüllt ansah.

Dass Art. 7 (1)(c) GMV bei dreidimensionalen Marken, die aus der Form der Ware bestehen, grundsätzlich neben Art. 7(1)(b) GMV anwendbar ist, hat der EuGH bereits festgestellt¹³. Bei der Prüfung muß das Allgemeininteresse berücksichtigt werden, das an der freien Benutzung von Warenformen besteht¹⁴. Da darüber hinaus die Schutzhindernisse des Art. 7 (1) GMV unabhängig nebeneinander stehen¹⁵, ist grundsätzlich auch Art. 7(1)(c) GMV zu prüfen.

3. Art. 7(1)(e)(i) GMV

An und für sich hat der EuGH festgestellt, dass Art. 7 (1)(e) GMV ein spezielles und vorgeifliches Eintragungshindernis darstellt, wobei hinzukommt, dass es nicht durch eine Verkehrsdurchsetzung iSd Art. 7 (3) GMV überwunden werden kann¹⁶. Es muss, wie die anderen Eintragungshindernisse des Art. 7 GMV auch, gesondert und für sich geprüft werden. Insbesondere hat das Eintragungshindernis des Art. 7(1)(e) GMV eine eigene Daseinsberechtigung neben dem Hindernis des Art. 7 (1)(c) GMV¹⁷. Es ist daher verwunderlich, dass die Beschwerdekammer sich hier so wenig mit diesem Hinderungsgrund auseinandersetzt. Augenscheinlich ist aber selbst die Klägerin auf den Ausschlussgrund des Art. 7(1)(e) nicht stärker, bzw. erst verspätet vor dem EuGH eingegangen.

Gemäß Art. 7(1)(e)(i) GMV können solche Zeichen nicht eingetragen werden, die ausschließlich durch die Art der Ware selbst bedingt sind. Sinn des Art. 7(1)(e) GMV ist es, zu verhindern, dass der Schutz des Markenrechts seinem Inhaber ein Monopol für technische Lösungen oder Gebrauchseigenschaften der Ware einräumt, die der Benutzer auch bei den Waren der Wettbewerber suchen kann¹⁸.

Ludwig Schokolade hat eine Verletzung der absoluten Schutzhindernisse gem. Art.

¹³ EuGH Urteil vom 8.4.2003 in der Sache C-53-55/01 - Linde, Winward, Rado, Rn. 70.

¹⁴ EuGH - Linde, Winward, Rado, a.a.O., Rn. 77.

¹⁵ EuGH - Linde, Winward, Rado, a.a.O., Rn. 67.

¹⁶ EuGH Urteil vom 18.6.2002 in der Sache C-299/99 - Philips/Remington, Rn. 74-76.

¹⁷ EuGH - Linde, Winward, Rado, a.a.O., Rn. 70.

¹⁸ Vgl. EuGH-Urteil vom 18.06.2002 in der Sache C-299/99 - Philips/Remington, Rn. 78.

⁴ Vgl. zur Abgrenzung zu formunabhängigen Formmarken Fezer in Markenrecht, 4. Auflage, 2009, §8, Rn. 249.

⁵ Sambuc, GRUR 2009, 333, 335.

⁶ EuG, Urteil vom 8.7.2009 in der Sache T-28/08 - Mars, Inc. v OHIM, Rn. 24.

⁷ EuGH Urteil vom 7. 10. 2004 in der Sache C-136/02 P, Mag Instrument v OHIM, Rn. 30.

⁸ Eisenführ/Schennen, Gemeinschaftsmarkenverordnung, 2. Auflage, 2007, Art. 7, Rn. 93.

⁹ EuG a.a.O., Rn. 31, 32.

¹⁰ BPatG, Beschluss vom 26.05.2004, 32 W (pat) 128/02.

¹¹ EuGH Urteil vom 12.1.2006 in der Sache C-173/04 - Standbeutel, Rn. 31.

¹² Eisenführ/Schennen, Gemeinschaftsmarkenverordnung, 2. Auflage, 2007, Art. 7, Rn. 107.

7(1)(e)(i) und (ii) im Verfahren vor dem EuG erst verspätet geltend gemacht. Ein Gutachten in Bezug auf die Tatsache, dass die Marke iSd Art. 7 (1)(e)(i) durch die Form der Ware selbst bedingt ist, wurde nicht mehr zur Verhandlung vor dem EuG zugelassen. Dieses wurde erst nach Terminbestimmung zur mündlichen Verhandlung von Ludwig Schokolade vorgelegt. Die Beschwerdeabteilung hatte sich in ihrer Entscheidung jedoch zu diesem absoluten Schutzhindernis knapp geäußert. Es wurde die Voraussetzung betont, dass das Zeichen *ausschließlich* aus der Form, die durch die Art der Ware bedingt ist, bestehen muß. Das Argument von Ludwig Schokolade, dass der Schokoriegel aufgrund der Weichheit von Kokosraspeln nur mit solchen runden Enden geformt werden könne, wurde zurückgewiesen, da dies nicht erkläre, weshalb die „Höcker“ auf dem Riegel durch die Ware selbst bedingt sein sollten. Das Schutzhindernis des Art. 7 (1)(e)(i) GMV gilt nämlich nur für wesensimmanente (Gattungs-)Merkmale einer Form. Sobald die Form eine besondere Ausgestaltung gefunden hat, die eben nicht solche reinen Gattungsmerkmale widerspiegeln, hat sie das Schutzhindernis des Art. 7 (1)(e)(i) GMV überwunden¹⁹. Nach Auffassung des EuG war genau dies hier der Fall.

4. Überwindung der Schutzhindernisse durch Verkehrsdurchsetzung?

Nachdem über alle Instanzen hinweg festgestellt wurde, dass die Form des Bounty-Schokoriegels nicht eintragungsfähig ist, stellte sich die Frage, ob die Form infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft im Sinne des Art. 7 (3) GMV erlangt hat. Verkehrsdurchsetzung einer Marke bedeutet, dass sie zumindest von einem wesentlichen Teil der angesprochenen Verkehrskreise trotz mangelnder Unterscheidungskraft als Herkunftshinweis auf das Herstellerunternehmen der betreffenden Waren oder Dienstleistungen erkannt wird. Diese Verkehrsdurchsetzung muss dabei in all denjenigen Mitgliedstaaten festgestellt werden, in denen das Zeichen für sich allein nicht unterscheidungskräftig ist²⁰. Bei einer dreidimensionalen Marke, deren Verständnis zumindest keine sprachlichen Barrieren

entgegenstehen, kann dies wie im vorliegenden Fall durchaus die gesamte Gemeinschaft sein.

Als relevanten Zeitpunkt für das Vorliegen der Verkehrsdurchsetzung nennt der EuG noch einmal ausdrücklich den Zeitpunkt der Anmeldung der Marke²¹. Auch das Harmonisierungsamt erklärt in der Grundentscheidung ausdrücklich, dass zur Beurteilung der Verkehrsdurchsetzung nach Art. 7 (3) GMV der Anmeldezeitpunkt relevant sei und – sollte die Marke unter Verletzung des absoluten Schutzhindernisses des Art. 7(1) (b) GMV eingetragen worden sein – gem. Art. 51 (2) GMV (jetzt: Art. 52(2)) die Verkehrsdurchsetzung auch nach der Registrierung noch eingetreten sein kann²². Somit ist es bei der Überprüfung in einem Nichtigkeitsverfahren ausreichend, wenn die Marke zwar nicht bei ihrer Anmeldung, jedoch nach der Registrierung (wie es der Gesetzestext auch in der englischen, französischen, spanischen und italienischen Version ausdrücklich enthält), also spätestens zum Zeitpunkt der Entscheidung erwiesenermaßen im Verkehr durchgesetzt ist.

Die Verkehrsdurchsetzung wird nach ständiger europäischer Rechtsprechung anhand der Gesamtumstände des Einzelfalls geprüft, und zwar insbesondere der anhand des mit den markierten Produkten getätigte Umsatzes, der Werbeaufwendungen, Marktanteile, der Länge des Zeitraums der Benutzung und deren Häufigkeit. Hierbei besteht eine gewisse Wechselwirkung zwischen der Häufigkeit oder Konstanz der Benutzung und des Volumens des Vertriebs der markierten Waren, so dass ein geringes Volumen durch eine hohe Konstanz des Vertriebs ausgeglichen werden kann und umgekehrt²³.

Die Ausgangsentscheidung führt zur Verkehrsdurchsetzung der dreidimensionalen Marke des Schokoriegels aus, dass die Markeninhaberin ausreichend nachgewiesen habe, dass das Zeichen im großen Umfang benutzt und gleichermaßen mit hohen

Investitionen beworben wurde. In Bezug auf die geografische Ausdehnung dieser Benutzung wird erklärt, dass Meinungsumfragen, die in sechs Mitgliedstaaten durchgeführt wurden, insgesamt 75% der Gesamtbevölkerung der europäischen Union zum Anmeldezeitpunkt der Marke erfassen, was trotz des von der Gegenseite geltend gemachten niedrigen Marktanteils ausreichend sei, da diese Ergebnisse auf den Rest der Union hochgerechnet werden könnten. Das Amt führt sogar aus, dass, selbst wenn man davon ausginge, dass nicht alle Beweismittel eine Verkehrsdurchsetzung belegen, die anzustellende Gesamtschau die durch Benutzung erlangte Unterscheidungskraft ergebe²⁴. Diesem Ergebnis treten Beschwerdekammer wie auch EuG entgegen. Die Beschwerdekammer führt aus, dass 90 % der Verkaufszahlen die sechs Mitgliedstaaten Großbritannien, Italien, Belgien, Frankreich, Deutschland und die Niederlande betreffen. Die Gemeinschaft bestand zum Anmeldezeitpunkt jedoch aus 15 Mitgliedstaaten. In Berechnungen der Bevölkerungsdichte dieser einzelnen Mitgliedstaaten wird dargelegt, dass die Nachweise aus den oben genannten sechs Mitgliedstaaten nicht ausreichen können, um eine Verkehrsdurchsetzung der Marke in der gesamten Europäischen Union zum Anmeldezeitpunkt nachzuweisen. Der EuG bestätigt diese Argumentation der Beschwerdekammer. Zum einen sei es zulässig, bei der Prüfung der Verkehrsdurchsetzung zunächst jeden Mitgliedstaat separat zu prüfen²⁵. Nach Art. 7 (1)(b) in Verbindung mit Art. 7(2) GMV könne einer Marke die Eintragungsfähigkeit fehlen, wenn sie nur in einem einzigen Mitgliedstaat nicht unterscheidungskräftig sei.

Zum anderen seien die von der Klägerin dargelegten Marktanteile keineswegs so uniform, wie diese behauptete. Damit stützt das Gericht die Berechnungen der Beschwerdekammer hinsichtlich der Bevölkerungsdichte einzelner Mitgliedstaaten im Verhältnis zur gesamten Gemeinschaft. Ein weiterer wichtiger Punkt, der hier eine Rolle spielte, war die erneute Feststellung des Gerichts, dass die in sechs Mitgliedstaaten erzielten Meinungsumfrageergeb-

nisse nicht auf die übrigen neun hochgerechnet werden können²⁶.

Das Gericht hat damit die sorgsam ausgeführten Betrachtungen der Beschwerdekammer zum einen zu den unterschiedlichen Marktanteilen, die mit dem Bounty-Schokoriegel in verschiedenen Mitgliedstaaten erzielt wurden, zusammen mit den Ergebnissen der Meinungsumfragen mit kühlem Kopf analysiert und anschließend in einer Gesamtschau betrachtet. Dies ist vor dem Hintergrund der sicherlich in einem beachtlichen Umfang²⁷ eingereichten Beweisunterlagen erfreulich.

Auf ein Problem wurde jedoch im Rahmen der Analyse der Beweisunterlagen nicht eingegangen. Süßwaren aus Schokolade sind in der Regel in Folie eingepackt, so auch der Bounty-Schokoriegel. Dabei sind oft die Form sowie ein zweites Wortzeichen auf der Verpackung abgebildet. Zwar kann eine dreidimensionale Markenform auch dann Unterscheidungskraft durch Bekanntheit im Verkehr erlangen, wenn sie in Verbindung mit einer zweiten eingetragenen Marke benutzt wird²⁸. Für den Eintritt eines gewissen Gewöhnungseffekts der angesprochenen Verkehrskreise an die herkunftshinweisende Funktion der dreidimensionalen Produktform ist es jedoch nicht immer ausreichend, eine zweidimensionale Abbildung der Marke auf deren Verpackung aufzudrucken. Soll die Bekanntheit der dreidimensionalen Form durch eine zweidimensionale Abbildung unterstützt werden, so muss diese die besonderen Merkmale der Form abbilden²⁹. Ist dies nicht der Fall, so ist nicht nachgewiesen, dass die dreidimensionale Form neben der sie begleitenden Zweitmarke auch „als Marke“ im Sinne eines Herkunftshinweises benutzt wurde.

Hiervon ging der EuGH aus, als es um die Form eines Karamellbonbons ging. Hierbei stellt sich die Frage, wann die Abbildung einer dreidimensionalen Form auf der Verpackung nur eine Inhaltsbeschreibung und

²⁶ EuG, a.a.O., Rn. 61.

²⁷ Die Beschwerdekammer spricht davon, dass der Umfang „rather impressive“ war, Rn. 34.

²⁸ EuGH, Entscheidung vom 7. Juli 2005 in der Rechtssache C-353/03 – Nestlé

²⁹ EuGH, Entscheidung vom 22. Juni 2006 in der Sache C-24/05 P – August Storck KG ./ HABM, Rn. 60.

¹⁹ Eisenführ/Schennen, Gemeinschaftsmarkenvorordnung, 2. Auflage, 2007, Art. 7, Rn. 179.

²⁰ EuGH Urteil vom in der Sache C-25/05. Storck./ HABM, Rn. 83.

²¹ EuG, T-28-/08, Rn. 44, 45.

²² HABM, Entscheidung vom 10.8.2006 in der Sache 765 C 000818864, Tz. 48.

²³ EuG Entscheidung vom 8. Juli 2004 in der Sache T-203/03 – The Sunrider Corp. ./ HABM, Rn. 42.

²⁴ HABM, a.a.O., Rn. 56.

²⁵ EuG, a.a.O., Rn. 48.

wann eine Benutzung der Marke „als Marke“ darstellt. Im vorliegenden Fall wurden Marktumfragen im großen Umfang zum Nachweis der Durchsetzung der Form im Verkehr eingereicht. Dies erscheint auch erforderlich, da die Grenze zwischen einer rein produktbeschreibenden Abbildung auf einer Verpackung und einer markenmäßigen Benutzung einer Form nicht einfach zu ziehen ist. Bei einem Schokoriegel ist dem Käufer regelmäßig dessen Füllung wichtig, weshalb die Abbildung eines angebissenen oder angeschnittenen Riegels auf der Verpackung durchaus eine beschreibende Funktion hat.

5. Fazit und Ausblick

Das EuG hat in seiner Entscheidung klar die Voraussetzungen für eine Überwindung der mangelnden Unterscheidungskraft durch Verkehrsdurchsetzung ausgeführt und konsequent angewandt. Zurückkommend auf die Frage, ob das Markenrecht einen geeigneten Schutz für Warenformen bereitstellt und wie es zu den anderen gewerblichen Schutzrechten abgegrenzt werden muss, ist dies zu begrüßen. Dennoch wären vertiefere Ausführungen bei der Prüfung der Schutzfähigkeit des Zeichens im Hinblick auf Art. 7(1)(e) GMV wünschenswert gewesen. Gerade dieser absolute Schutzhinderungsgrund ist in Anbetracht dessen, dass er nicht durch Verkehrsdurchsetzung im Sinne des Art. 7 (3) GMV überwunden werden kann, wichtig. Auf der Ebene der Durchsetzung der Markenrechte bleibt die Frage bestehen, welchen Schutzzumfang dreidimensionale Marken haben, die gerade so die Hürde der Unterscheidungskraft genommen haben, bzw. diese durch Verkehrsdurchsetzung erst erlangt haben. Bei letzteren wird die Durchsetzung häufig über die Bekanntheit der Marke und deren unlauteren Ausnutzung im Sinne des Art. 8 (5) GMV erfolgen. Bei Warenformen, die nicht erst die Unterscheidungskraft durch eine Bekanntheit bei den angesprochenen Verkehrskreisen erlangen mussten, wirft die Durchsetzung neue Fragen auf³⁰: Wann ist eine Form einer anderen im Sinne des Markenrechts verwechselbar ähnlich? Welche Voraussetzungen werden an eine rechtserhaltende Benutzung einer Formmarke im Sinne des Art. 15 GMV gestellt, sprich wie viel Ab-

wandlung verträgt eine Form, ohne den unterscheidungskräftigen Kern zu beeinträchtigen?

Aufgrund dieser noch offenen Fragen wird es wohl in Zukunft eine Reihe von weiteren Entscheidungen in Bezug auf dreidimensionale Produktmarken geben.

DIE MITTELBARE PATENTVERLETZUNG (§ 10 PATG)

von Tina Berger, Jena

Inhaltsübersicht

A. Problemstellung

B. Allgemeine Grundlagen

- I. Geltungsbereich
- II. Sinn und Zweck der Vorschrift
- III. Historische Entwicklung

C. Voraussetzungen der mittelbaren Patentverletzung gem. § 10 PatG

- I. Normadressat
- II. Objektiver Tatbestand: insbesondere das wesentliche Element
- III. Subjektiver Tatbestand: insbesondere die Offensichtlichkeit
- IV. § 10 II PatG: Allgemein im Handel erhältliche Erzeugnisse

D. Rechtsfolgen

- I. Gemeinsame Patentverletzung
- II. Mittelbare Patentverletzung ohne unmittelbare Verletzung

E. Schutzmöglichkeiten der Lieferanten und Anbieter

- I. Überblick
- II. Vorkehrungen im Einzelnen

F. Mittelbare Patentverletzung und mittelbare Täterschaft

- I. Überblick
- II. Mittelbare Täterschaft i.S.d. § 25 I 2. Alt. StGB

G. Einordnung des Tatbestandes der mittelbaren Patentverletzung

- I. Grundlegende Zuordnung
- II. § 10 I PatG als abstraktes Gefährungsdelikt
- III. § 10 I PatG als konkretes Gefährungsdelikt
- IV. Stellungnahme

H. Fazit

- I. Abschließende Betrachtung
- II. Ausblick für die Zukunft

A. Problemstellung

Ziel des Beitrages ist es, einen umfassenden Überblick über den Tatbestand der mittelbaren Patentverletzung gem. § 10 PatG zu geben. Es werden einzelne Probleme der Tatbestandsvoraussetzungen erläutert. Desweiteren soll die Stellung im deutschen Patentrechtssystem, die Bedeutung und der Zweck des § 10 PatG verdeutlicht werden.

Die Problemstellung verdeutlicht das folgende Beispiel: (P) hat ein Patent für einen bestimmten neuartigen Gegenstand. (M) stellt exklusiv für (P) ein spezielles Teil für diese Erfindung her. Um seinen Gewinn zu steigern, bietet (M) ohne das Wissen von (P) dieses Teil auf dem Markt an. (U) interessiert sich für dieses Teil und lässt es sich von (M) liefern, um die Erfindung des (P) ebenfalls herzustellen und weiterzuentwickeln. (U) könnte durch die Verwirklichung seines Vorhabens unmittelbarer Patentverletzer sein, wenn er eine Handlung i.S.d. § 9 S. 2 PatG vorgenommen hat. Aber was ist mit der Stellung des (M)? Durch die Lieferung könnte eine mittelbare Patentverletzung i.S.d. § 10 I PatG vorliegen. Was aber ist, wenn (M) nichts von dem Vorhaben des (U) wusste oder das Teil kein wesentliches Element i.S.d. § 10 I PatG ist? Darf (M) dann an andere Nachfrager liefern? Hätte (M) das Teil an (U) liefern dürfen, wenn dieser seinen Sitz im Ausland hat, dort seine Handlungen vornimmt, um das Endprodukt dann wieder in Deutschland zu vertreiben? Der Sachverhalt der mittelbaren Patentverletzung weist durch seine Formulierungen viele Unklarheiten auf, die in den letzten Jahren durch höchstrichterliche Rechtsprechung teilweise geklärt wurden.

B. Allgemeine Grundlagen

I. Geltungsbereich

§ 10 PatG verbietet die mittelbare Benutzung einer patentierten Erfindung¹, ausdrücklich das Liefern und Anbieten von Mitteln zur Erfindungsbenutzung.² Der Tatbestand erfasst mit dem Verbot demnach Vorbereitungshandlungen zu den in § 9 S. 2 PatG aufgeführten Vorgehensweisen.³ § 10 PatG gilt für Patente, deren Anmel-

¹ Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, 8. Aufl. 2007, S. 175.

² Kraßer, Patentrecht, 6. Aufl. 2009, S. 808.

³ Venrooy, Patentrecht, 1996, S. 104.

³⁰ Vgl. Sambuc GRUR 2009, 333, 334.

dung ab dem 1. Januar 1981 eingereicht wurden.⁴

II. Sinn und Zweck der Vorschrift

Durch § 10 PatG soll den Patentrechtsinhabern die Durchsetzung ihrer Rechte erleichtert werden.⁵ Dem Patentinhaber soll nicht nur der Zugriff auf die unmittelbaren Patentverletzer ermöglicht sein. Er soll ebenso vor Lieferanten von Erzeugnissen geschützt werden, die von den Abnehmern in patentverletzender Weise benutzt werden.⁶ Da § 10 PatG eine unmittelbare Patentverletzung nicht voraussetzt, kann eine unberechtigte Benutzung bereits im Vorfeld verhindert werden.⁷ Damit wird der Schutz von Verfahrens-, Verwendungs- und Kombinationspatenten vorverlagert.⁸ § 10 PatG verbietet bereits das Anbieten oder Liefern von Mitteln, die den Nachfrager in den Stand versetzen, die geschützte Erfindung unberechtigt zu benutzen.⁹ Es liegt der Gedanke zugrunde, das Übel unentdeckt bleibender Patentverletzungen an der Wurzel zu fassen.¹⁰ § 10 PatG gewährleistet Schutz gegen ein Zusammenwirken von Lieferanten und Abnehmern, das nicht mit den herkömmlichen Kategorien von Mittäterschaft und Teilnahme erfasst werden kann.¹¹

III. Historische Entwicklung

1. Rechtslage bis 1981

Das Verbot der mittelbaren Patentverletzung beruhte in Deutschland auf einer ausschließlich richterrechtlichen Entwicklung¹² und wurde bereits vom RG in der Entscheidung „Abnahme von Anlagen“ erstmals anerkannt. Betont wurde, dass der Lieferant einer Vorrichtung, die der Anwendung eines Verfahrens diene, wegen Benutzung zur Verantwortung gezogen werden soll, wenn dieser wissen musste, dass der Ab-

nehmer das Verfahren unberechtigt anwenden würde.¹³ Grundgedanke war, dem Patentrechtsinhaber die Durchsetzung seiner Rechte zu erleichtern, da der unmittelbare Verletzer schon damals schwer festzustellen war.¹⁴ Der BGH folgte dem Ansatz des RG¹⁵ und es bildete sich ein Richterrecht heraus.¹⁶ Die mittelbare Patentverletzung wurde, aufgrund der abschließenden gesetzlichen Festlegung der Verletzungstatbestände,¹⁷ nicht als selbstständige Benutzungsart, sondern als Teilnahmehandlung an einer unmittelbaren Patentverletzung anerkannt.¹⁸ Folglich konnte eine mittelbare Patentverletzung nur im Zusammenhang mit einer unmittelbaren Verletzung vorliegen.¹⁹ Die mittelbare Patentverletzung war als Unterfall der gesetzlich geregelten unmittelbaren Patentverletzung gewohnheitsrechtlich anerkannt.²⁰

2. Mittelbare Patentverletzung nach geltendem Recht

Die mittelbare Patentverletzung gem. § 10 PatG wurde vom Gesetz als ergänzende Schutzwirkung ausgestaltet.²¹ § 10 PatG ist nicht mehr akzessorisch zu einer unmittelbaren Patentverletzung.²² Es wurde demnach von der Zweistufigkeit des Tatbestandes Abstand genommen, indem die mittelbare Patentverletzung nicht mehr Tatbestandsvoraussetzung ist. Es handelt sich nunmehr um eine selbstständige Verletzungsform.²³ Die konkreten Tatbestandsvoraussetzungen werden im folgenden Abschnitt genauer erläutert.

C. Voraussetzungen der mittelbaren Patentverletzung gem. § 10 PatG

I. Normadressat

¹³ RG GRUR 1928, 386 (387) - Abnahme von Anlagen.

¹⁴ Busse/Keukenschrijver, 6. Aufl. 2003, § 10 Rn. 4.

¹⁵ BGH GRUR 1961, 627 (627 ff.) - Metallspritzverfahren.

¹⁶ Hoffmann, GRUR Int. 1975, 225 (229).

¹⁷ Kraßer, Patentrecht, 6. Aufl. 2009, S. 806.

¹⁸ Preu, GRUR 1980, 697 (697).

¹⁹ Teschemacher, Die mittelbare Patentverletzung, 1974, S. 15.

²⁰ Holzapfel, GRUR 2002, 193 (193).

²¹ Benkard/Scharen, 10. Aufl. 2006, § 10 Rn. 1.

²² Mes, GRUR 1998, 281 (281).

²³ Bl. f. PMZ 1979, 325 (333).

Adressat des § 10 PatG ist jeder Dritte, der anderen Personen, die nicht zur Benutzung der Erfindung berechtigt sind, durch Anbieten oder Liefern von Mitteln ermöglicht, eine Handlung i.S.d. § 9 S. 2 PatG vorzunehmen.²⁴

II. Objektiver Tatbestand: insbesondere das wesentliche Element

1. Tathandlung: Anbieten oder Liefern an einen Nichtberechtigten

Der Tatbestand des § 10 I PatG kann vom Täter nur durch die Benutzungsform des Anbietens oder Liefers eines Mittels verwirklicht werden, nicht durch weitere Handlungen i.S.d. § 9 PatG.²⁵ Diese Handlungen müssen im geschäftlichen Bereich zu gewerblichen Zwecken erfolgen.²⁶ Um dem Territorialitätsgrundsatz Rechnung zu tragen, erfasst § 10 PatG ausschließlich das Anbieten und Liefern im Inland. Dies bezieht sich nicht nur auf die Tathandlung, sondern auch auf den angestrebten Erfolg.²⁷ Die Ausfuhr von Gegenständen zur Benutzung im Ausland stellt keine mittelbare Patentverletzung des inländischen Patents dar. Anders verhält es sich, wenn ein Anbieten oder Liefern zur inländischen Benutzung vom Ausland aus an einen inländischen Adressaten erfolgt.²⁸ Eine Besonderheit tritt auf, wenn Mittel ins Ausland geliefert werden, damit sie dort der Herstellung eines erfindungsgemäßen Erzeugnisses dienen, welches zur Lieferung nach Deutschland bestimmt ist. Der BGH hat auch hier eine mittelbare Patentverletzung überzeugend bejaht,²⁹ da die Lieferung ins Inland, das Verbotungsrecht des Patentinhabers aus § 9 PatG gefährden würde.³⁰ Sollte eine mittelbare Patentverletzung hier verneint werden, könnte das Verbot des § 10 PatG auf diesem Wege leicht umgangen werden.

Das Anbieten von patentierten Erzeugnissen gehört zu den ausschließlichen Befugnissen des Patentinhabers. Die Bedeutung

des Begriffs des Anbietens i.S.d. § 10 PatG kann demnach mit der Handlung i.S.d. § 9 S. 2 Nr. 1 PatG gleichgestellt werden. Zum Anbieten gehört demnach jede Handlung, die einem Dritten die Veräußerungsbereitschaft signalisiert.³¹ Das Liefern ist wiederum mit der Handlung des Inverkehrbringens i.S.d. § 9 S. 2 Nr. 1 PatG vergleichbar. Durch die Lieferung muss der Empfänger in die Lage versetzt werden, die Erfindung mit dem Gelieferten zu benutzen. Hiervon ist auch die Einfuhr des jeweiligen Mittels erfasst. Ausschlaggebend ist, dass der Nachfrager das Mittel tatsächlich erhält.³² Es ist unerheblich, ob dies entgeltlich oder unentgeltlich erfolgt.³³

Das Angebot oder die Lieferung des Mittels muss an eine Person erfolgen, die zur Benutzung der patentierten Erfindung nicht berechtigt ist. Eine Berechtigung könnte sich aus Lizenzverträgen, dem Erfindungsgrundsatz³⁴ oder einem Vorbenutzungsrecht³⁵ ergeben.

Eine Berechtigung, und damit der Ausschluss einer mittelbaren Patentverletzung, ergibt sich gem. § 10 III indes nicht PatG aus den in § 11 S. 1 Nr. 1-3 PatG genannten Handlungen.³⁶ Demnach liegt eine mittelbare Patentverletzung gem. § 10 III PatG auch dann vor, wenn das Mittel einem privaten Nachfrager angeboten oder geliefert wird, der Handlungen zu nichtgewerblichen oder Versuchszwecken gem. § 11 S. 1 Nr. 1, 2 PatG vornimmt. Schlussfolgernd kann wegen mittelbarer Patentverletzung auch derjenige in Anspruch genommen werden, der an Personen liefert, die die Erfindung zwar benutzen, aber keine unmittelbare Verletzungshandlung vornehmen.³⁷

2. Tatobjekt: Geeignetes Mittel zur Benutzung der Erfindung a) Geeignetes Mittel

³¹ Osterrieth, Patentrecht, 3. Aufl. 2007, S. 105.

³² Gleiss/Heide, Gewerblicher Rechtsschutz, 2002, S. 161.

³³ Schulte/Kühnen, 8. Aufl. 2008, § 10 Rn. 8.

³⁴ Schulte/Kühnen, 8. Aufl. 2008, § 10 Rn. 11.

³⁵ Ilzhöfer, Patent-, Marken- und Urheberrecht, 4. Aufl. 2000, S. 75.

³⁶ Osterrieth, Patentrecht, 3. Aufl. 2007, S. 109.

³⁷ Völz, GRUR 1981, 234 (239).

⁴ Kraßer, Patentrecht, 6. Aufl. 2009, S. 805; BGH GRUR 1982, 165 (166) - Rigg.

⁵ Benkard/Scharen, 10. Aufl. 2006, § 10 Rn. 2.

⁶ Mes, GRUR 1993, 281 (281).

⁷ Busse/Keukenschrijver, 6. Aufl. 2003, § 10 Rn. 13.

⁸ Nirk, LMK 2004, 212 (213).

⁹ BGH GRUR 1992, 40 (42) - Beheizbarer Atemluftschlauch.

¹⁰ BGH GRUR 1961, 627 (627) - Metallspritzverfahren.

¹¹ BGH GRUR 2001, 228 (231) - Luftheizgerät.

¹² Hoffmann, GRUR Int. 1975, 225 (229).

²⁴ Preu/Brandi-Dohrn/Gruber, Europäisches und internationales Patentrecht, 3. Aufl. 1995, S. 341.

²⁵ Schulte/Kühnen, 8. Aufl. 2008, § 10 Rn. 8.

²⁶ Preu, GRUR 1980, 697 (698).

²⁷ Osterrieth, Patentrecht, 3. Aufl. 2007, S. 107.

²⁸ Kraßer, Patentrecht, 6. Aufl. 2009, S. 810.

²⁹ BGH GRUR 2007, 313 (315) - Funkuhr II.

³⁰ Jänich, LMK 2007, 238128.

Bei der Lieferung und dem Angebot durch den Dritten muss es sich um ein Mittel i.S.d. § 10 PatG handeln. Der Begriff umfasst alle gegenständlichen Mittel, aber keine geistigen Hilfsmittel.³⁸ Zu den körperlichen Gegenständen gehören auch flüssige und gasförmige Mittel.³⁹ Auch digital aufbereitete Daten können Mittel i.S.d. § 10 PatG sein.⁴⁰ Es kann sich hierbei um Einzelteile einer geschützten Gesamtvorrichtung handeln, um Hilfsmittel⁴¹ oder vollständige Vorrichtungen.⁴² Das Mittel muss für die Benutzung der Erfindung objektiv geeignet sein.⁴³ Geeignetheit liegt vor, wenn sich ein Fachmann dieses Mittels bedienen würde, weil es ihm zu deren Ausübung zweckmäßig erscheint.⁴⁴ Dies richtet sich nach der objektiven Beschaffenheit des Gegenstandes.⁴⁵

(b) Benutzung der Erfindung

Weiterhin ist erforderlich, dass die Lieferung oder das Angebot des Mittels zur Benutzung der Erfindung erfolgt, d.h. zur Benutzung einer technischen Lehre, die vom Schutzbereich des Patents umfasst ist.⁴⁶ Der Schutzbereich wird durch § 10 PatG demnach nicht erweitert, sondern ist auch hier nach § 14 PatG zu bestimmen. Dies ergibt sich schon aus der systematischen Anordnung des § 10 PatG im Gesetz. Zu beachten ist auch, dass § 10 PatG von der patentierten Erfindung spricht. Demnach handelt es sich um die Erfindung, die nach § 14 PatG geschützt wird.⁴⁷ Es wird vorausgesetzt, dass den Abnehmern das Mittel in einer Form angeboten oder geliefert wird, die ihnen die Eignung des Mittels zur patentgemäßen Verwendung ausreichend ersichtlich werden lässt. Liegt die erfindungsgemäße Verwendung auf der Hand, reicht das bloße Anbieten aus. Ist die erfindungsgemäße Verwendung nicht

ohne weiteres erkennbar, liegt ein Anbieten oder Liefern zur Benutzung nur vor, wenn auf die Brauchbarkeit des Mittels derart hingewiesen wird, dass der Abnehmer auf die Möglichkeit der patentgemäßen Benutzung aufmerksam wird.⁴⁸

c) Wesentliches Element der Erfindung aa) Allgemeines

Das gelieferte oder angebotene Mittel, welches zur Benutzung der Erfindung objektiv geeignet ist, muss sich auf ein wesentliches Element der Erfindung beziehen, nicht aber selbst wesentliches Mittel sein, damit auch eine Einbeziehung von Verfahrenspatenten ermöglicht wird.⁴⁹ Diese Forderung ist weitere objektive Tatbestandsvoraussetzung gem. § 10 I PatG. Fraglich ist nur, wann ein wesentliches Element der Erfindung vorliegt und wie dies beurteilt werden soll. Hierfür wurden im Laufe der Zeit schon mehrere Klärungsversuche unternommen.

bb) Das wesentliche Element: Erfindungsfunktionelle Individualisierung, Stand der Technik oder doch funktionales Zusammenwirken?

(1) Erfindungsfunktionelle Individualisierung

Schon die ältere Rechtsprechung erkannte, dass die bloße Eignung des Mittels zur patentverletzenden Benutzung auch bei Vorliegen subjektiver Voraussetzungen nicht ausreicht. Es wurde verlangt, dass die Einzelteile erfindungsfunktionell individualisiert sind. Das Einzelteil durfte nicht ohne weiteres auch außerhalb der geschützten Gesamtvorrichtung verwendet werden können und weiterhin eine solche Ausgestaltung erhalten haben, dass es sich durch ihre erfindungsgemäße Anpassung an die geschützte Gesamtvorrichtung aus der Zahl anderer vergleichbarer Einzelteile heraushebt und sich durch eine solche Individualisierung in unmittelbare Beziehung zu dem Erfindungsgedanken setzt.⁵⁰ Der gelieferte Gegenstand muss gerade und nur in Folge seiner Eigenschaften geeignet sein, zur Verwirklichung des geschützten Erfindungsgedankens verwendet zu werden.⁵¹ Es muss sich in ihm der geschützte

Erfindungsgedanke widerspiegeln.⁵² Nach dieser Theorie erstreckt sich der Patentschutz nicht auf solche vorkannten Teile einer geschützten Kombination, die erfindungsfunktionell nicht besonders angepasst sind.⁵³ Unbeachtlich ist, ob sich ein Teil rasch abnutzt und deswegen häufiger zu ersetzen ist.⁵⁴ Zusammenfassend ist zu sagen, dass ein Gegenstand erfindungsfunktionell individualisiert ist, wenn seine objektiven Eigenschaften den Erfindungsgegenstand mit verwirklichen. Es ist darauf abzustellen, ob die objektive Eignung zur unmittelbaren Benutzung der Erfindung vorliegt. Es muss eine Beziehung zwischen dem Gegenstand und der Lehre des Patents für einen Durchschnittsfachmann ohne weiteres erkennbar sein. Die Möglichkeit einer patentfreien Nutzung schließt eine derartige Beziehung nicht aus.⁵⁵

Durch den Begriff der erfindungsfunktionellen Individualisierung ist es erstmals gelungen, dem Berechtigten einen Schutzbereich einzuräumen, der ihn vor den Lieferhandlungen schützt. Dies korrespondiert mit dem Grundgedanken, den Patentinhaber umfangreicher zu schützen, indem ihm ein Vorgehen gegen den mittelbaren Patentverletzer ermöglicht wurde. Problematisch ist an dieser Ansicht, dass die Auslegung so eng ist, dass als wesentliche Elemente nur Mittel in Betracht kommen, die auch wirklich erfindungsgemäß angepasst wurden.

(2) Klärungsversuche der Literatur

Auch in der Literatur entwickelten sich im Laufe der Zeit zahlreiche Ansätze, den Begriff des wesentlichen Elements zu definieren.⁵⁶ Zwei sollen kurz dargestellt werden.

(a) Bezugspunkt: Stand der Technik

Nach *Kraßer* sollten all diejenigen Elemente als wesentlich gelten, die nach der Patentschrift für die Ausführung der geschützten technischen Lehre erforderlich sind und diese vom Stand der Technik unterscheiden.⁵⁷

Problematisch ist hierbei, dass einzelne Mittel sowieso schon dem Stand der Technik angehören. Ein Abheben vom Stand der Technik ist allenfalls durch die Kombination mehrerer Mittel möglich.⁵⁸ Die Wesentlichkeit eines Elements an einer Erfindung kann wohl eher nicht vom Stand der Technik abhängig gemacht werden. Der Kreis der erfassten Mittel i.S.d. § 10 PatG wäre nach dieser Methode so eng, dass nur sehr wenige Mittel als wesentliches Element erfasst wären und demnach auch der Tatbestand der mittelbare Patentverletzung nur sehr selten erfüllt wäre. Dies würde wiederum den Schutz der Patentinhaber stark beschneiden.

(b) Bezugspunkt: Mehr als nur eine untergeordnete Bedeutung

In der Kommentierung von *Benkard/Bruchhausen* wurden als wesentliches Element der Erfindung nur solche Merkmale eines Erzeugnisses verstanden, denen für die Verwirklichung der Erfindung mehr als nur untergeordnete Bedeutung zukommt. Von § 10 I PatG sollen hiernach nur solche Mittel nicht erfasst werden, die für die Erfindung eine untergeordnete Bedeutung haben. Beispielsweise werden hier Füll- und Trägerstoffe wirkstoffhaltiger Mischungen genannt.⁵⁹

Die Abgrenzung zu den bedeutungslosen Mitteln, insbesondere durch die Beispielsnennung, ist eher unglücklich. Richtigerweise erkennt *König*, dass sich dieser Ansatz noch zu sehr an dem früheren Erfordernis der erfindungsfunktionellen Individualisierung orientiert, indem auf den Wirkstoff nur erfolgskausal abgestellt wird. Zumal es sich auch bei Trägerstoffen, unter dem Gesichtspunkt der Wirkungsdosierung, um ein wesentliches Element, in Gestalt einer Wirkstoff/Trägerkombination handeln könnte.⁶⁰ Wo *Kraßer*, durch seinen Ansatz den Kreis der Mittel i.S.d. § 10 I PatG zu stark eingrenzt, wird hier der Kreis zu weit gefasst. Gerade dem Begriff der Wesentlichkeit wird durch diese Ansicht nicht genüge getan. Zwischen Wesentlichkeit und absolut untergeordneter Bedeutung liegt ein zu großer Raum. Dieser

³⁸ *Brandi-Dohrn*, GRUR 1997, 122 (128).

³⁹ *Mes*, 2. Aufl. 2005, § 10 Rn. 11.

⁴⁰ LG Düsseldorf, InstGE 1, 26 (32) - Cam-Carpet.

⁴¹ *Busse/Keukenschrijver*, 6. Aufl. 2003, § 10 Rn. 18.

⁴² BGH GRUR 2001, 228 (231) - Luftheizgerät.

⁴³ *Mes*, GRUR 1998, 281 (282).

⁴⁴ *Schulte/Kühnen*, 8. Aufl. 2008, § 10 Rn. 26.

⁴⁵ *Benkard/Scharen*, 10. Aufl. 2006, § 10 Rn. 5.

⁴⁶ *Kraßer*, Patentrecht, 6. Aufl. 2009, S. 809.

⁴⁷ BGH GRUR 1992, 40 (42) - beheizbarer Atemluftschlauch.

⁴⁸ *Schulte/Kühnen*, 8. Aufl. 2008, § 10 Rn. 20.

⁴⁹ *Kraßer*, Patentrecht, 6. Aufl. 2009, S. 809.

⁵⁰ BGH GRUR 1982, 165 (167) - Rigg.

⁵¹ BGH GRUR 1964, 496 (496) - Formsand II.

⁵² BGH GRUR 1961, 466 (468) - Gewinderollkopf.

⁵³ BGH GRUR 1951, 452 (454) - Mülltonne II.

⁵⁴ *Kruse*, GRUR 1934, 633 (635).

⁵⁵ *Teschemacher*, Die mittelbare Patentverletzung, 1974, S. 97 f.

⁵⁶ *Fitzner*, Mitt. 2008, 243 (245).

⁵⁷ *Kraßer*, Patentrecht, 5. Aufl. 2004, S. 834.

⁵⁸ *König*, Mitt. 2000, 10 (17).

⁵⁹ *Benkard/Bruchhausen*, 9. Aufl. 1993, § 10 Rn. 14.

⁶⁰ *König*, Mitt. 2000, 10 (17).

bleibt durch so einen Ansatz unbeachtet. Nach dieser Ansicht ist alles wesentlich, was keine komplett untergeordnete Rolle spielt. Eine zu weite Auslegung ist die Folge.

(3) Funktionaler Zusammenhang – Klärung anhand eines Flügelradzählers?

(a) Der höchstrichterliche Klärungsversuch

2004 hat der BGH in der „Flügelradzähler“-Entscheidung⁶¹ den Bezug des Mittels auf ein wesentliches Element der Erfindung erstmals höchstrichterlich geklärt.⁶² Nach dem Ansatz des BGH bezieht sich ein Mittel i.S.d. § 10 I PatG auf ein wesentliches Element der Erfindung, wenn es geeignet ist, mit einem oder mehreren Merkmalen des Patentanspruchs bei der Verwirklichung des geschützten Erfindungsgedankens funktional zusammenzuwirken.⁶³ Das Tatbestandsmerkmal beschränkt das Vorfeldverbot auf die Lieferung solcher Mittel, die nach ihrer Wirkungsweise geeignet sind, einen Eingriff in den Schutzgegenstand nach sich zu ziehen.⁶⁴ Entscheidend ist die Frage nach der Beziehung des Mittels zu der Erfindung und nicht mehr die Anpassung des Mittels selbst,⁶⁵ wie es bei dem Ansatz der erfindungsfunktionellen Individualisierung der Fall war. Der BGH differenziert nach „Bezug“ und „Element“. Der Bezug des Mittels auf ein wesentliches Element soll gegeben sein, wenn es geeignet ist, mit einem solchen Element bei der Verwirklichung des geschützten Gegenstandes funktional zusammenzuwirken. Das Zusammenwirken wird vom BGH sehr weit verstanden, denn es werden nur solche Mittel ausgeschlossen, die zur Verwirklichung der geschützten Lehre der Erfindung nichts beitragen. Die Deutung des „wesentlichen“ Elements erfolgt ebenfalls in einem sehr weiten Sinn, denn laut BGH sei es unerheblich, mit welchem Merkmal des Patentanspruchs das Mittel zusammenwirke. Es wird davon ausgegangen, dass alles, was Bestandteil des Patentan-

spruchs ist, auch regelmäßig wesentliches Element der Erfindung sei.⁶⁶ Zusätzlich weist der BGH ausdrücklich darauf hin, dass die Abgrenzung nach dem Stand der Technik weder geeignete noch mögliche Methode ist.⁶⁷ Er bestätigt demnach kritische Stimmen, wie *König*,⁶⁸ die sich ebenfalls gegen die Methode von *Kraßer* ausgesprochen haben.

(b) Kritik – insb. inkonsequentes Verhalten seitens des BGH ?

Jedoch weist der neue Ansatz des BGH auch Schwächen auf. Problematisch könnte sein, dass das geforderte funktionale Zusammenwirken aus dem Gesetz nicht herleitbar ist.⁶⁹ Desweiteren werfen Kritiker dem BGH inkonsequentes Verhalten in Bezug auf die Anwendung seiner Grundsätze vor. Es wird vorgeworfen, in der Entscheidung „Haubenstretchautomat“⁷⁰ wäre die Frage nach dem wesentlichen Element komplett übergangen und es seien lediglich Ausführungen zum subj. Tatbestand des § 10 PatG gemacht worden.⁷¹ Zuerst soll klargestellt werden, dass der BGH durch aus auf die objektiven Tatbestandsmerkmale eingegangen ist.⁷² Es ist insoweit auch zuzustimmen, dass der BGH keine Angaben zum wesentlichen Element gemacht hat und der Schwerpunkt der Begründung auch tatsächlich auf dem subjektiven Tatbestand lag. Jedoch sollte auch der Grund gesehen werden, warum der BGH nicht auf das wesentliche Element eingegangen ist. Der BGH begann mit den objektiven Voraussetzungen der mittelbaren Patentverletzung und setzte sich ausführlich mit der Geeignetheit des Mittels auseinander. Die objektive Eignung des Mittels wurde verneint.⁷³ Wie aber soll geprüft werden, ob sich das gelieferte Mittel auf ein wesentliches Element der Erfindung bezieht, wenn selbst schon die Eignung des Mittels zur

⁶⁶ BGH GRUR 2004, 758 (761) - Flügelradzähler.

⁶⁷ BGH GRUR 2004, 758 (762) - Flügelradzähler.

⁶⁸ *König*, Mitt. 2000, 10 (17).

⁶⁹ *Fitzner*, Mitt. 2008, 243 (245).

⁷⁰ BGH GRUR 2007, 697 ff. - Haubenstretchautomat.

⁷¹ *Fitzner*, Mitt. 2008, 243 (245).

⁷² BGH GRUR 2007, 697 (682 f.) - Haubenstretchautomat.

⁷³ BGH GRUR 2007, 697 (683) - Haubenstretchautomat.

Benutzung verneint wurde? Anders formuliert, wie kann sich ein geliefertes Mittel auf ein wesentliches Element der Erfindung beziehen, wenn es noch nicht einmal objektiv zur Benutzung der Erfindung geeignet ist? Es bestand demnach nicht die Möglichkeit der Prüfung des wesentlichen Elements, da ein vorheriges objektives Tatbestandsmerkmal schon verneint wurde. Die Prüfung des subjektiven Tatbestands erfolgte nur für den Fall, dass im weiteren Verlauf des Verfahrens vor dem Berufungsgericht die Prüfung des subjektiven Tatbestands erforderlich gewesen wäre.⁷⁴ Der Vorwurf der Inkonsequenz ist insoweit abzulehnen.

(c) Gesamtbetrachtende Stellungnahme

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass bei der Klärung der Frage, ob ein wesentliches Element vorliegt, an den Anspruchswortlaut angeknüpft wird.⁷⁵ § 14 PatG bestimmt ausdrücklich, dass der Schutzbereich des Patents durch den Inhalt der Patentansprüche bestimmt wird. Dieser Schutzbereich bestimmt den Rahmen, innerhalb dessen der Patentinhaber gegenüber Dritten Ausschlussrechte geltend machen kann.⁷⁶ Nur innerhalb dieses Bereichs kann der Patentinhaber auch gegen den mittelbaren Verletzer vorgehen. Durch den Klärungsansatz des BGH bezüglich des wesentlichen Mittels wird diesem Grundsatz in vollem Umfang Rechnung getragen, da ein Sachverhalt, der außerhalb des Schutzbereichs nach § 14 PatG angesiedelt ist, nicht als Bezugssachverhalt nach § 10 PatG dienen kann.⁷⁷ Zusätzlich ist auffallend, dass der Ansatz des BGH einerseits dem dargestellten Ansatz von *Bruchhausen* ähnelt. Das wesentliche Element wird mit einem Merkmal des Patentanspruchs zumindest im Grundsatz gleichgesetzt.⁷⁸ Der BGH geht davon aus, dass alles, was Bestandteil des Patentanspruchs ist, regelmäßig auch deshalb wesentliches Element der Erfindung sei.⁷⁹ Anders gewendet, ist damit

jedes Merkmal gemeint, das nicht von völlig untergeordneter Bedeutung ist. Es wird jedoch eine weitere Eingrenzung vorgenommen, indem zusätzlich auf den Bezug abgestellt wird. Demnach bezieht sich ein angebotenes oder geliefertes Mittel dann auf ein wesentliches Element, wenn es geeignet ist, mit dem Element bei der Verwirklichung des geschützten Erfindungsgedankens funktional zusammenzuwirken. Die Ansicht von *Bruchhausen* wurde mit dem Argument kritisiert, dass die Auslegung zu einem zu weiten Kreis der Mittel i.S.d. § 10 PatG führt, da dem Begriff der Wesentlichkeit durch diese Ansicht nicht genüge getan wird. Durch das Merkmal des Bezugs, wird dieser große Raum begrenzt. Es ist demnach anzumerken, dass der erforderliche Zusammenhang zwischen Mittel und Schutzgegenstand weniger eng ist, als die nach altem Recht geforderte erfindungsfunktionelle Individualisierung,⁸⁰ jedoch aber weniger weit als nach dem Ansatz von *Bruchhausen*. Weiterhin ist anzumerken, dass nach Ansicht des BGH nicht mehr die Anpassung des Mittels selbst, sondern die Frage nach der Beziehung zu der Erfindung entscheidend ist. Ein solches Verständnis bietet sich insbesondere bei Kombinationspatenten an, welche nur aus bekannten Teilen bestehen.⁸¹ Abschließend ist anzumerken, dass durch die „Flügelradzähler“-Entscheidung⁸², zumindest ansatzweise Klärung in Bezug auf das „wesentliche Element“ erfolgt ist. Gerade wenn die verschiedenen Ansätze innerhalb der Literatur betrachtet werden, war es schon lange erforderlich, einen höchstrichterlichen Standpunkt zu offerieren.

cc) Zusammenfassung

Ein Mittel i.S.d. § 10 PatG bezieht sich auf ein wesentliches Element der Erfindung, wenn es geeignet ist, mit einem oder mehreren Merkmalen des Patentanspruchs bei der Verwirklichung des geschützten Erfindungsgedankens funktional zusammenzuwirken.

3. Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand des § 10 PatG ist erfüllt, wenn ein Dritter ein Mittel an einen unberechtigten Dritten liefert oder anbietet.

⁸⁰ *Nieder*, GRUR 2006, 977 (977).

⁸¹ *Nirk*, LMK 32004, 212 (213).

⁸² BGH GRUR 2004, 758 (761 f.) - Flügelradzähler.

⁶¹ BGH GRUR 2004, 758 ff. - Flügelradzähler.

⁶² *Hölder*, GRUR 2005, 20 (20).

⁶³ BGH GRUR 2004, 758 (758) - Flügelradzähler.

⁶⁴ BGH GRUR 2005, 848 (849) - Antriebsscheibenaufzug.

⁶⁵ BGH GRUR 2004, 758 (761 f.) - Flügelradzähler.

⁷⁴ Ebenda.

⁷⁵ *Fitzner*, Mitt. 2008, 243 (245).

⁷⁶ *Osterrieth*, Patentrecht, 3. Aufl. 2007, S. 173 ff.

⁷⁷ *Fitzner*, Mitt. 2008, 243 (245).

⁷⁸ *Keukenschrijver* in FS 50 Jahre VPP, 2005, S.331 (338).

⁷⁹ BGH GRUR 2004, 758 (761) - Flügelradzähler.

tet, welches objektiv geeignet ist, für die Benutzung einer Erfindung verwendet zu werden und sich auf ein wesentliches Element der Erfindung bezieht.

III. Subjektiver Tatbestand: insbesondere die Offensichtlichkeit

1. Überblick

Neben den objektiven Voraussetzungen muss zusätzlich im subjektiven Tatbestand das gelieferte oder angebotene Mittel zur Benutzung bestimmt sein. Dies muss der Dritte wissen oder es muss offensichtlich sein.

2. Die Tatbestandsvoraussetzungen im Einzelnen

a) Bestimmung zur Benutzung der Erfindung

Ob das Mittel zur Benutzung der Erfindung bestimmt ist, hängt vom Empfänger des Angebotes oder der Lieferung ab.⁸³ Zu beachten ist jedoch, dass die unmittelbare Patentverletzung, wie bereits festgestellt, keine Voraussetzung des § 10 PatG ist, da die mittelbare Patentverletzung als einstufiger Tatbestand ausgestaltet wurde. Der Belieferte muss aber entsprechenden Handlungswillen aufweisen und dieser muss erkennbar sein.⁸⁴ Dieser Wille ist maßgebend, auf die tatsächliche spätere Benutzung kommt es nicht an.⁸⁵ Der Belieferte ist es, der allein über die Bestimmung zur patentverletzenden Benutzung entscheidet, da er die alleinige Verfügungsmacht über den Gegenstand hat.⁸⁶ Plant der Abnehmer den Einsatz des Mittels für die Benutzung der Erfindung, liegt die Bestimmung vor. Plant er dies nicht, ist eine Bestimmung zu verneinen. Es ist ohne Bedeutung, ob der Abnehmer weiß, schuldhaft oder ohne Verschulden nicht weiß, dass er die Erfindung mit der Handlung benutzt oder in ein Schutzrecht einreift. Es ist allein entscheidend, dass die Bestimmung tatsächlich auf die Verwendung zur Benutzung der Erfindung hinausläuft und zum Zeitpunkt der mittelbaren Benutzungshandlung besteht. Ist der Verwender der Auffassung, er benutze das Mittel zur Ausführung der Erfindung, in

Wahrheit würde jedoch die geplante Handlung aber nicht unter das Patent fallen, liegt objektiv keine Bestimmung i.S.d. § 10 I PatG vor.⁸⁷

b) Wissen von der Eignung und der Bestimmung zur Benutzung oder Offensichtlichkeit

aa) Überblick

Der Lieferant muss die Bestimmung durch den Nachfrager kennen und wollen. Sein Wissen und Wollen bezieht sich auf den Handlungswillen des Abnehmers und enthält demnach eine Zweckrichtung. Er muss vorsätzlich handeln.⁸⁸ Das schwer zu beweisende Wissen kann durch den Nachweis, der aufgrund der Umstände offensichtlichen Eignung und Bestimmung der Mittel, ersetzt werden.⁸⁹

bb) Wissen

Der Anbieter oder Lieferant muss gem. § 10 I PatG wissen, dass die Mittel dazu geeignet und bestimmt sind, für die Benutzung der geschützten Erfindung verwendet zu werden. Dies gilt für jede einzelne Lieferung bzw. für jedes einzelne Angebot.⁹⁰ Da § 10 I PatG die Kenntnis von der Bestimmung zur Verwendung i.S.d. § 9 S. 2 PatG voraussetzt, genügt die alleinige Kenntnis von der Eignung nicht.⁹¹ Für das tatbestandliche Wissen, genügt bedingter Vorsatz⁹², sog. *dolus eventualis*. Dieser liegt vor, wenn die Tatbestandsverwirklichung für möglich gehalten wird und gebilligt oder billigend in Kauf genommen wird.⁹³ Demnach genügt es, wenn der Anbieter oder Lieferante die Eignung des Mittels und die Bestimmung zur patentverletzenden Verwendung für möglich hält und diese billigt oder billigend in Kauf nimmt.⁹⁴ Nimmt der Dritte jedoch irrtümlich an, dass eine Bestimmung zur Benutzung durch den Abnehmer erfolgt ist, liegt ein untauglicher Versuch der mittelbaren Pa-

tentverletzung vor, wenn der Dritte trotz der irrigen Vorstellung liefert oder anbietet. Der untaugliche Versuch löst keine Verbie-tungs- oder Schadenersatzansprüche des Patentrechtsinhabers aus.⁹⁵

Wann der Lieferant oder Anbieter von der Bestimmung und der Eignung wissen muss, ist aus dem Gesetz zu entnehmen. § 10 I PatG verbietet sowohl das Anbieten als auch das Liefern. Demnach liegt ein Verstoß gegen § 10 I PatG vor, wenn eine der beiden Handlungen in Kenntnis der Bestimmung vorgenommen wird. Demzufolge genügt allein das Anbieten, wenn der Dritte von der Eignung und der Bestimmung durch den potenziellen Nachfrager weiß. Diese Zuwiderhandlung wird auch nicht dadurch rückgängig gemacht, dass der Abnehmer zwischen dem Angebot und der tatsächlichen Lieferung, die Bestimmung wieder ändert und eine Handlung i.S.d. § 9 S. 2 PatG nicht mehr vornehmen möchte.⁹⁶

cc) Offensichtlichkeit der Eignung und der Bestimmung zur Benutzung (1) Voraussetzungen der Offensichtlichkeit

Auf das Wissen des Lieferanten oder des Anbieters kommt es gem. § 10 I PatG nicht an, wenn die Eignung und die Bestimmung des Mittels zur Benutzung der Erfindung, aufgrund der Umstände offensichtlich sind. Der Maßstab der Beurteilung richtet sich hierbei nach den Umständen.⁹⁷ Die Offensichtlichkeit soll das Erfordernis der Kenntnis ersetzen.⁹⁸ Hinsichtlich der Eignung und der Bestimmung des Mittels wird jedoch ein hoher Grad an Vorhersehbarkeit der Eignung und der Zweckbestimmung verlangt.⁹⁹ Offensichtlichkeit soll vorliegen, wenn sich dies für den unbefangenen Betrachter aus den Umständen von selbst ergibt und vernünftige Zweifel an der Eignung und der Bestimmung des Mittels zur patentverletzenden Benutzung nicht bestehen.¹⁰⁰ Die Eignung und auch die Bestimmung müssen eindeutig und augenfällig

sein.¹⁰¹ Der Anbieter oder Lieferant, der sich den jedermann zugänglichen und in die Augen springenden Erkenntnissen über die Eignung und Bestimmung der Mittel verschließt und daraufhin trotzdem die Mittel anbietet oder liefert, wird vom Gesetz so behandelt, als ob er die Eignung und die Bestimmung kennt.¹⁰² Der Nachweis der Offensichtlichkeit setzt demnach die Feststellung von Tatsachen voraus.¹⁰³ Ist ein Mittel ausschließlich zur Benutzung einer patentierten Erfindung verwendbar, ist die Offensichtlichkeit regelmäßig zu bejahen.

(2) Offensichtlichkeit: unwiderlegliche Regel oder Beweiserleichterung?

(a) Problemstellung

Betrachtet man die einzelnen Kommentierungen und Lehrbuchbeiträge, ist auffallend, dass das Erfordernis der Offensichtlichkeit nicht einheitlich behandelt wird. Teilweise wird von der Offensichtlichkeit als Beweiserleichterung,¹⁰⁴ als Beweisalternative¹⁰⁵ oder als unwiderlegliche Regel¹⁰⁶ gesprochen. Fraglich ist demnach, ob die Offensichtlichkeit tatsächlich eine Beweiserleichterung, zu der oftmals schwer festzustellenden und nachzuweisenden Kenntnis des Anbietenden oder Lieferanten, darstellen soll.

(b) Offensichtlichkeit als Beweiserleichterung

In Art. 30 GPl, der in § 10 I PatG wörtlich übernommen wurde, wird die Offensichtlichkeit als Beweiserleichterung in der Weise verstanden, dass das schwer nachzuweisende Wissen durch den Nachweis, der aufgrund der Umstände offensichtlichen Eignung und Bestimmung der Mittel, ersetzt werden kann.¹⁰⁷ Wörtlich wird die Offensichtlichkeit als Beweiserleichterung benannt. Es ist jedoch fraglich, ob es sich tatsächlich um eine Beweiserleichterung handelt. Das Wesen der Beweiserleichterung ist nicht starr umrissen.¹⁰⁸ Man könn-

¹⁰¹ Riedl, AöR 1994, 644 (651).

¹⁰² Benkard/Scharen, 10. Aufl. 2006, § 10 Rn. 20.

¹⁰³ BGH GRUR 2001, 228 (232) - Luftheizgerät.

¹⁰⁴ Singer/Stein, GRUR 1976, 200 (203).

¹⁰⁵ Mes, 2. Aufl. 2005, § 10 Rn. 21.

¹⁰⁶ Hesse, GRUR 1982, 191 (193).

¹⁰⁷ Bl. f. PMZ 1979, 325 (333).

¹⁰⁸ Baumgärtel, Beweislastpraxis im Privatrecht, 1996, S. 153.

⁸³ Ilzhöfer, Patent-, Marken- und Urheberrecht, 4. Aufl. 2000, S. 75.

⁸⁴ BGH GRUR 2001, 228 (231) - Luftheizgerät.

⁸⁵ Benkard/Scharen, 10. Aufl. 2006, § 10 Rn. 19.

⁸⁶ Mes, 2. Aufl. 2005, § 10 Rn. 16.

⁸⁷ Hesse GRUR 1982, 191 (194).

⁸⁸ Dolder/Faupel, Der Schutzbereich von Patenten, S. 161.

⁸⁹ Bl. f. PMZ 1979, 325 (333).

⁹⁰ Scharen, GRUR 2001, 995 (995).

⁹¹ Benkard/Scharen, 10. Aufl. 2006, § 10 Rn. 19.

⁹² König, Mitt. 2000, 10 (20).

⁹³ Ebert, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2001, S. 60.

⁹⁴ König, Mitt. 2000, 10 (21).

⁹⁵ Hesse, GRUR 1982, 191 (194).

⁹⁶ Ebenda.

⁹⁷ Kraßer, Patentrecht, 6. Aufl. 2009, S. 811.

⁹⁸ BGH GRUR 2001, 228 (232) - Luftheizgerät.

⁹⁹ König, Mitt. 2000, 10 (20).

¹⁰⁰ BGH GRUR 2001, 228 (232) - Luftheizgerät.

te anführen, dass es sich dem Begriff nach um eine Art Minus gegenüber dem üblicherweise von der beweisbelasteten Partei zu führenden „normalen“ Beweisen handelt.¹⁰⁹ Beweiserleichterungen können sich aus dem Gesetz selbst ergeben oder werden von der Rechtsprechung oder aus Rechtsinstituten, wie der tatsächlichen Vermutung, hergeleitet.¹¹⁰ Würde die Offensichtlichkeit eine Beweiserleichterung darstellen, würde dem Lieferanten oder Anbieter immer noch die Möglichkeit des Nachweises bleiben, tatsächlich in Unkenntnis der Geeignetheit oder Bestimmung des Mittels gehandelt zu haben.¹¹¹ Genau dieser Aspekt ist jedoch der Punkt, warum davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber trotz der Formulierung gerade keine Beweiserleichterung normieren wollte. Denn soweit die Offensichtlichkeit festgestellt wurde, soll der Lieferant bzw. Anbieter gerade nicht die Möglichkeit erhalten, nachzuweisen, dass er trotz Offensichtlichkeit, nichts von der Eignung und Bestimmung gewusst hat.¹¹² Beschäftigt man sich weiter mit der Formulierung der Denkschrift¹¹³, fällt die Beschreibung auf, wonach das Wissen durch den Nachweis, der aufgrund der Umstände offensichtlichen Eignung und Bestimmung der Mittel, ersetzt werden kann. Die Offensichtlichkeit kommt demnach als Ersatz zur Anwendung, wenn das Wissen nicht nachweisbar ist. Ersatz ist aber keine Erleichterung¹¹⁴ in dem Sinne, dass es sich um ein Minus gegenüber den üblicherweise zu führenden Beweisen handelt. Die Offensichtlichkeit ist keine Beweiserleichterung.

(c) Offensichtlichkeit als (unwiderlegliche) gesetzliche Vermutung

(aa) Vorüberlegung
Nach einem Teil der Literatur¹¹⁵ soll es sich bei der Offensichtlichkeit um eine unwiderlegliche Vermutung für das Wissen handeln und soll bejaht werden, wenn sich dies für den unbefangenen Betrachter der Umstände von selbst ergibt und vernünftige Zwei-

fel nicht bestehen.¹¹⁶ Die Offensichtlichkeit muss aber so deutlich sein, dass sie als Indiz für das Wissen bzw. den Vorsatz dienen kann.¹¹⁷

(bb) Die gesetzliche Vermutung

Eine gesetzliche Tatsachenvermutung ist ein Rechtssatz, der das Vorliegen einer als Tatbestandsmerkmal einer Rechtswirkung erforderlichen Tatsache aus einem tatbestandsfremden Umstand erschließt.¹¹⁸ Derartige Rechtssätze sind meist ausdrücklich als Vermutung gekennzeichnet, können aber auch ohne diese Bezeichnung vorliegen,¹¹⁹ wie es bei § 10 I PatG der Fall sein könnte. Die Rechtswirkung wäre das Verbot der mittelbaren Patentverletzung, die erforderliche Tatsache demnach das Wissen von der Eignung und der Bestimmung des Mittels. Da diese Tatsache ja nicht feststellbar ist, wird statt des Wissens, die Offensichtlichkeit i.S.d. tatbestandsfremden Umstandes festgestellt. Nach der Definition könnte es sich bei der Offensichtlichkeit um eine gesetzliche Tatsachenvermutung handeln. Problematisch ist jedoch, dass der Belastete in aller Regel die Möglichkeit hat, solche Vermutungen zu widerlegen.¹²⁰ Wie eben schon festgestellt, ist das bei der Offensichtlichkeit aber gerade nicht möglich.

(cc) Unwiderlegliche gesetzliche Vermutung-praesumptio iuris et de jure

Da dem Dritten i.S.d. § 10 I PatG keine Möglichkeit zugesprochen wird, seine Unkenntnis zu beweisen, könnte es sich hierbei um eine unwiderlegliche gesetzliche Vermutung handeln. Eine unwiderlegliche gesetzliche Vermutung liegt vor, wenn die für einen Tatbestand geltende Rechtsfolge auf einen anderen Tatbestand dadurch übertragen wird, dass der andere Tatbestand dem ersten gleichgesetzt wird, ohne dass ein Beweis des Gegenteils überhaupt begrifflich denkbar wäre.¹²¹ Das Verbot der mittelbaren Patentverletzung setzt Wissen des Dritten voraus. Ist dieses nicht nach-

weisbar, wird das Merkmal der Offensichtlichkeit geprüft, wobei dieses Merkmal dem Wissen dann gleichgesetzt wird, ohne dass der mutmaßliche mittelbare Patentverletzer die Möglichkeit zum Beweis des Gegenteils hätte. Bezüglich der Definition und der Tatbestandsmerkmale des § 10 I PatG besteht Übereinstimmung. Das Merkmal der Offensichtlichkeit kann demnach als unwiderlegliche gesetzliche Vermutung betrachtet werden.

(dd) Rechtsfolge der Einordnung

Wenn das Gesetz die Offensichtlichkeit als unwiderlegliche Vermutung normiert hat, stellt sich die Frage, ob der Anbieter oder Lieferant nur fahrlässig gehandelt hat, nicht. Eine mittelbare Patentverletzung wäre dann auch durch bloß fahrlässiges Handeln möglich.¹²² Dies ergibt sich schon aus der Logik dieser Vermutung. Denn wenn nach den Umständen die Offensichtlichkeit vorliegt und der Lieferant und Anbieter keine Möglichkeit hat, seine Unkenntnis zu beweisen, besteht auch immer die Gefahr, dass er aufgrund seines fahrlässigen Handelns in die Situation einer mittelbaren Patentverletzung gerät. Denn die Offensichtlichkeit liegt vor, wenn sich dies für den unbefangenen Betrachter der Umstände von selbst ergibt und vernünftige Zweifel an der Eignung und der Bestimmung des Mittels zur patentverletzenden Benutzung nicht bestehen.¹²³ Was sich für den unbefangenen Betrachter aus den Umständen von selbst ergibt, muss sich nämlich noch lange nicht für den Lieferanten oder Anbietenden ergeben, obwohl es sich für diesen eigentlich ergeben sollte. Demzufolge besteht die Möglichkeit der Bejahung der Offensichtlichkeit selbst dann, wenn der Lieferant bei seinem Handeln die erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat und demzufolge die Umstände nicht deuten konnte. Auch der BGH hat in seiner „Luftheizgerät“-Entscheidung angeführt, dass der Anbieter oder Lieferant der sich vor augenscheinlichen Erkenntnissen verschließt, vom Gesetz so behandelt werden soll, als ob er die Eignung und die Bestimmung des Mittels kennt, auch wenn er diese Kenntnis nicht hat, weil er sich ihr bewusst oder fahrlässig verschließt.¹²⁴ Die-

ser Aussage zufolge, würde der BGH ebenfalls die Offensichtlichkeit und demnach den Tatbestand des § 10 I PatG bejahen, wenn dem Lieferant oder Anbietenden die deutlichen Hinweise aufgrund seines fahrlässigen Handelns unbekannt bleiben. Auch König bejaht diese Möglichkeit. Wenn der Dritte irrig annehme, dass die Bestimmung zur Benutzung durch den Abnehmer nicht vorliegt, und daraufhin das Mittel anbietet oder liefert, fehle es ihm ja eigentlich am Vorsatz, um § 10 I PatG zu bejahen. König betont bei diesem Sachverhalt die Offensichtlichkeit als Tatbestandsalternative, die es dem Patentinhaber erlaube, hierüber auf objektive Merkmale zurückzugreifen, statt dem Anbieter oder Lieferant Vorsatz nachweisen zu müssen.¹²⁵ König eröffnet hier den Weg zur mittelbaren Patentverletzung über das Kriterium der Offensichtlichkeit, da § 10 I PatG bei der Voraussetzung des Wissens hätte verneint werden müssen. Hätte sich demnach der Lieferant nicht geirrt, weil er mit der erforderlichen Sorgfalt gehandelt hat, und demnach die Umstände, die zur Offensichtlichkeit führen, richtig gedeutet, hätte er am Ende vielleicht nicht geliefert. Da dem Lieferanten oder Anbieter nicht die Möglichkeit gewährt wird, seine Unkenntnis zu beweisen, wird er zwangsläufig auch immer belangt, wenn er fahrlässig gehandelt hat. Der Nachweis der Unkenntnis des Dritten i.S.d. § 10 I PatG ist nach diesem Ansatz rechtlich bedeutungslos.¹²⁶

(d) Stellungnahme

Festzustellen ist, dass es sich bei der Offensichtlichkeit nicht um eine Beweiserleichterung handelt, wie sie oftmals, sogar von der höchstrichterlichen Rechtsprechung, genannt wird¹²⁷, sondern um eine unwiderlegliche Vermutung, wonach der Beweis des Lieferanten oder Anbietenden bezüglich seiner tatsächlichen Unkenntnis keine rechtliche Bedeutung zukommt. Es soll dahingestellt bleiben, ob diese Ausgestaltung der geeignetste Weg war, die gegenüberstehenden Interessen, der Patentrechtsinhaber und der Lieferanten bzw. Anbieter, in Ausgleich zu bringen. Für die Patentrechtsinhaber ist die Regelung der Offensichtlichkeit natürlich eine große Hilfe, bei der Durchsetzung ihrer Interessen,

¹⁰⁹ Prütting, Karlsruher Forum 1989, 3 (4).

¹¹⁰ Laumen, NJW 2004, 3739 (3743).

¹¹¹ Benkard/Scharen, 10. Aufl. 2006, § 10 Rn. 20.

¹¹² Hesse, GRUR 1982, 191 (192).

¹¹³ Bl. f. PMZ 1979, 325 (333).

¹¹⁴ Ebenda.

¹¹⁵ Hesse, GRUR 1982, 191 (193).

¹¹⁶ BGH GRUR 2001, 228 (232) - Luftheizgerät.

¹¹⁷ Tilmann, GRUR 2005, 904 (906).

¹¹⁸ Rosenberg, Die Beweislast, 3. Aufl. 1953, S. 201.

¹¹⁹ Gottwald in: Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl. 2004, S. 763 f.

¹²⁰ Schellhammer, Zivilprozess, 12. Aufl. 2007, S. 184.

¹²¹ Hesse, GRUR 1982, 191 (193).

¹²² Benkard/Scharen, 10. Aufl. 2006, § 10 Rn. 20.

¹²³ BGH GRUR 2001, 228 (232) - Luftheizgerät.

¹²⁴ BGH GRUR 2001, 228 (232) - Luftheizgerät.

¹²⁵ König, Mitt. 2000, 10 (21).

¹²⁶ Kraßer, Patentrecht, 6. Aufl. 2009, S. 812.

¹²⁷ BGH GRUR 2001, 228 (232) - Luftheizgerät.

da das Wissen des Lieferers tatsächlich nur schwer zu beweisen ist. Für die Lieferanten ist dies jedoch nicht gerade eine Erleichterung.¹²⁸ Es stellt sich die Frage, ob die Handlungsmöglichkeiten der Lieferanten durch die unwiderlegliche Vermutungsregelung, nicht mit einem vielfach höheren Risiko verbunden ist, den Tatbestand des § 10 I PatG zu verwirklichen und ob es ihnen zuzumuten ist, sich bei jedem Auftrag sorgfältig über die Eignung und Bestimmung jedes Mittels zu informieren. Es ist fragwürdig, ob diese dann noch schnell und effektiv ihre Aufträge erfüllen können. Zweifelhaft ist vor allem der Gedanke, dass dem Lieferant oder Anbieter keine Möglichkeit gegeben wird, seine Unkenntnis zu beweisen. Möglicherweise wäre mit der Ausgestaltung der Offensichtlichkeit als echte Beweiserleichterung, dem Interesse der Patentinhaber genügend entgegengekommen.

3. Zwischenergebnis

Der subjektive Tatbestand des § 10 I PatG ist erfüllt, wenn das angebotene oder gelieferte Mittel zur Benutzung der Erfindung bestimmt ist und wenn der Lieferant oder Anbieter dies weiß oder es den Umständen nach offensichtlich ist.

IV. § 10 II PatG: Allgemein im Handel erhältliche Erzeugnisse

1. Anwendungsbereich

Die mittelbare Patentverletzung i.S.d. § 10 II PatG liegt nicht vor, wenn es sich bei den gelieferten oder angebotenen Mitteln um Erzeugnisse handelt, die allgemein im Handel erhältlich sind. Zu diesen allgemein im Handel erhältlichen Erzeugnissen zählen Gegenstände des täglichen Bedarfs, wie Nägel, Schrauben, Draht oder Kraftstoff.¹²⁹ Der Hinweis des täglichen Bedarfs ist jedoch weniger als Bedarf des Letztverbrauchers zu verstehen. Maßgeblich ist, dass es sich um Erzeugnisse handelt, die im Handel allgemein erhältlich sind, auch wenn der Bedarf nicht täglich auftritt.¹³⁰ Es handelt sich um Massen-, Alltags- und Dutzendware.¹³¹

2. Mittelbare Patentverletzung i.S.d.

¹²⁸ Villinger, GRUR 1981, 541 (545).

¹²⁹ Bl. f. PMZ 1979, 325 (333).

¹³⁰ Mes, 2. Aufl. 2005, § 10 Rn. 33.

¹³¹ Benkard/Scharen, 10. Aufl. 2006, § 10 Rn. 21.

§ 10 II PatG

a) Überblick

Eine mittelbare Patentverletzung kann jedoch auch bei diesen Mitteln unter strengen objektiven und subjektiven Voraussetzungen vorliegen.

b) Handlung i.S.d. § 9 S. 2 PatG

Gefordert wird hier eine Handlung des Nachfragers i.S.v. § 9 S. 2 PatG. Eine derartige Handlung kann jedoch nur vorgenommen werden, wenn tatsächlich geliefert wurde. Im Vergleich zu den bereits gemachten Angaben ist sofort auffallend, dass hier auf einmal eine Akzessorietät zu der unmittelbaren Patentverletzung besteht.¹³² Das Erfordernis der tatsächlichen Handlung ersetzt demnach das Erfordernis, wonach das gelieferte Mittel nur zur Benutzung bestimmt sein muss. Dies würde hier nicht genügen, denn gem. § 10 II PatG muss tatsächlich gehandelt werden. Das gelieferte Mittel muss sich trotzdem auch auf ein wesentliches Element beziehen. Dies ergibt sich logisch zwingend, denn wenn sich das Mittel nicht auf ein wesentliches Element bezieht, wäre noch nicht einmal § 10 I PatG erfüllt.¹³³ § 10 II PatG ist nicht anwendbar, wenn eine Benutzungshandlung nach § 11 PatG erfolgt, da keine unmittelbare Patentverletzung vorgenommen wurde.¹³⁴

c) Bewusste Veranlassung

Desweiteren muss der Lieferant oder Anbieter den Abnehmer bewusst zu dieser Tat veranlasst haben. Es liegt demnach eine strengere Voraussetzung im subjektiven Tatbestand vor. Es ist jedoch zu erläutern, wie das bewusste Veranlassen einzuordnen ist. *Keukenschrijver*¹³⁵ vertritt die Ansicht, dass das bewusste Veranlassen direkten Vorsatz erfordert. *Kraßer* hingegen lässt dolus eventualis genügen.¹³⁶ Um eine Beurteilung vornehmen zu können, muss zuerst einmal geklärt werden, welche Anforderungen an direkten Vorsatz und dolus eventualis gestellt werden. Mit direktem Vorsatz, also mit Absicht, handelt der Täter, wenn es ihm auf die Verwirklichung

¹³² Busse/Keukenschrijver, 6. Aufl. 2003, § 10 Rn. 23.

¹³³ Preu, GRUR 1980, 697 (699).

¹³⁴ Schulte/Kühnen, 8. Aufl. 2008, § 10 Rn. 25.

¹³⁵ Busse/Keukenschrijver, 6. Aufl. 2003, § 10 Rn. 24.

¹³⁶ Kraßer, Patentrecht, 6. Aufl. 2009, S. 812.

des Tatbestandes ankommt.¹³⁷ Kennzeichnend ist das zielgerichtete Wollen.¹³⁸ Dolus eventualis liegt vor, wenn der Täter die Tatbestandsverwirklichung, hier die Handlung i.S.d. § 9 S. 2 PatG, für möglich hält und billigend oder billigend in Kauf nimmt. Unterschied zum direkten Vorsatz ist, dass der Täter hier die Tatbestandsverwirklichung nicht unbedingt will, sondern lediglich in sie einwilligt, sie billigt.¹³⁹ § 10 II PatG verlangt bewusstes Veranlassen zu einer Handlung i.S.d. § 9 S. 2 PatG. Wenn der Lieferant den Abnehmer bewusst veranlassen soll, weiß er ja zwangsweise, dass es sich um eine Patentverletzung handelt. Die Beschreibung bewusst, weist nach wörtlicher Auslegung nicht darauf hin, dass der Lieferant die Handlung des Abnehmers für möglich hält oder billigend. Bewusst heißt wohl eher, dass der Lieferant die Handlungen i.S.d. § 9 S. 2 PatG kennt und die Verwirklichung möchte. Bewusst Veranlassen heißt, die Willensrichtung eines Anderen zu bestimmen.¹⁴⁰ Der Lieferant muss also die Handlungen i.S.d. § 9 S. 2 PatG kennen und die Verwirklichung durch den Abnehmer auch tatsächlich wollen, anstatt sie einfach nur für möglich zu halten oder zu billigen. Billigung ist keine Bestimmung der Willensrichtung. Nach dem Wortlaut des § 10 II PatG ist demnach von dem Erfordernis des direkten Vorsatzes auszugehen. Folgend ergibt sich, dass ein bewusstes Veranlassen auch nur möglich ist, wenn der Abnehmer nicht schon von sich aus entschlossen ist.

3. § 10 II PatG als Anstiftung

Nach *Kühnen*¹⁴¹ und *Keukenschrijver*¹⁴² verlangt § 10 II PatG eine Anstiftung. Die Grundsätze zur Täterschaft und Teilnahme sind wie im Strafrecht zu verstehen.¹⁴³ An den weiteren Voraussetzungen der Anstiftung i.S.d. § 26 StGB soll demnach geprüft werden, ob dies für § 10 II PatG zutrifft. Anstifter i.S.d. § 26 StGB ist, wer vorsätz-

lich einen Anderen zu einer vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat bestimmt, über die er nicht selbst, sondern der andere die Tatherrschaft hat.¹⁴⁴ Es muss somit eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat vorliegen. Diese würde als Handlung i.S.v. § 9 S. 2 PatG vorliegen. Unter Bestimmen ist das Hervorrufen des Entschlusses zu einer konkreten rechtswidrigen Tat zu verstehen.¹⁴⁵ Gem. § 10 II PatG geschieht dies durch das Veranlassen des Belieferten durch den Liefertanten. Desweiteren wird der Anstiftersvorsatz bezüglich der Vollen- dung der rechtswidrigen Haupttat und des Tatentschlusses verlangt, wobei dolus eventualis genügen soll.¹⁴⁶ Die Anforderung an den Vorsatz des Lieferanten, durch das bewusste Veranlassen, wurde bereits bejaht. Allerdings wurde dolus eventualis nicht als ausreichend erachtet und stattdessen direkter Vorsatz verlangt. Die Anforderungen an das voluntative Element sind bei § 10 II PatG demnach sehr viel strenger als bei § 26 StGB. Als Grund könnte hierfür wieder der Wortlaut des § 10 II PatG angebracht werden, wonach das Veranlassen ganz bewusst geschehen muss. Abgesehen von den strengeren Anforderungen im subjektiven Tatbestand, kann § 10 II PatG als Anstiftung betrachtet werden.

D. Rechtsfolgen

1. Gemeinsame Patentverletzung

Eine gemeinsame Patentverletzung liegt vor, wenn neben der mittelbaren Patentverletzung die unmittelbare Patentverletzung auch tatsächlich erfolgt ist. Bei dieser Konstellation hat der Kläger sowohl gegen den mittelbaren als auch gegen den unmittelbaren Patentverletzer einen Anspruch auf Unterlassung gem. § 139 I PatG und einen Anspruch auf Schadensersatz gem. § 139 II PatG.¹⁴⁷ Mittelbarer und unmittelbarer Patentverletzer haften als Gesamtschuldner gem. § 840 BGB. Der zu ersetzende Schaden ist derjenige, der durch die unmittelbare Patentverletzung entsteht.¹⁴⁸ Im Innenverhältnis wird der mittelbare Patentverletzer gem. § 426 BGB wohl jedoch einen geringeren Teil des Schadens

¹⁴⁴ Kühl, 26. Aufl. 2007, § 26 Rn. 1.

¹⁴⁵ Kindhäuser, 3. Aufl. 2006, § 26 Rn. 6.

¹⁴⁶ Kindhäuser, 3. Aufl. 2006, § 26 Rn. 23.

¹⁴⁷ Holzapfel, GRUR 2006, 881 (881).

¹⁴⁸ BGH GRUR 2005, 848 (854) - Antriebsscheibenaufzug.

¹³⁷ Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2005, S.170.

¹³⁸ Ebert, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2001, S. 59.

¹³⁹ Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, S.486.

¹⁴⁰ Tilmann, GRUR 2005, 904 (906).

¹⁴¹ Schulte/Kühnen, 8. Aufl. 2008, § 10 Rn. 25.

¹⁴² Busse/Keukenschrijver, 6. Aufl. 2003, § 10 Rn. 23.

¹⁴³ Kraßer, Patentrecht, 6. Aufl. 2009, S. 815.

zu tragen haben, da er durch seine Handlung das Rechtsgut nur gefährdet hat und der Eingriff in der Schutzbereich nicht von ihm verwirklicht wurde.¹⁴⁹ Die unmittelbare Benutzung kann auch im privaten Bereich oder sonst privilegiert vorgenommen worden sein.¹⁵⁰ Dem Patentrechtsinhaber stehen zur Ausfüllung des Schadensersatzanspruchs die für die unmittelbare Patentverletzung geltenden Grundsätze zu Verfügung, da der Anspruch auf den, durch die unmittelbare patentverletzende Handlung des Belieferten, verursachten Schaden abstellt.¹⁵¹ Er hat die Wahl zwischen dem entgangenen Gewinn, Verletzergewinn oder einer angemessenen Lizenzgebühr.¹⁵² Verlangt der Patentinhaber den durch die Verletzungshandlung erzielten Gewinn, hat der mittelbare Verletzer nur seinen Gewinn herauszugeben. Eine gesamtschuldnerische Haftung erfolgt demnach nicht.¹⁵³ Der Verletzte hat gegenüber dem mittelbaren Patentverletzer weiterhin einen Auskunftsanspruch gem. § 140 b, wobei dies auch die Nennung der Belieferten enthält, die als unmittelbare Verletzer in Betracht kommen.¹⁵⁴ Bei dem Unterlassungsanspruch tritt jedoch immer die Besonderheit auf, dass ein unbeschränktes Verbot bezüglich der Lieferung oder des Anbietens nur in Betracht kommt, wenn das angebotene oder gelieferte Mittel nach seiner objektiven Beschaffenheit ausschließlich dazu geeignet ist, im Rahmen einer Verletzungshandlung i.S.d. § 9 PatG verwendet zu werden.¹⁵⁵ Können die Mittel nicht nur in patentverletzender Weise genutzt werden, kann ein Unterlassungsanspruch nur dahingehend ergehen, dass der Beklagte bei zukünftigem Anbieten oder Liefern die Handlungen unterlässt, die in dem bereits geschehenen Fall die Erwartung einer patentgemäßen Verwendung begründeten, um die Gefahr, die durch diese Umstände geschaffen wurde, zu verhindern. Der Vertrieb der Mittel zum patentfreien Gebrauch

darf jedoch nicht in unzumutbarere Weise behindert werden.¹⁵⁶

II. Mittelbare Patentverletzung ohne unmittelbare Verletzung

Dem Patentinhaber steht gegenüber dem mittelbaren Patentverletzer ein Unterlassungsanspruch auch zu, wenn es nicht zur unmittelbaren Verletzung gekommen ist.¹⁵⁷ Weiterhin steht auch bei dieser Konstellation dem Patentinhaber wieder ein Auskunftsanspruch zu.¹⁵⁸ Nach wohl mittlerweile überwiegender Ansicht, soll der Rechteinhaber jedoch keinen Schadensersatzanspruch geltend machen können.¹⁵⁹ Da der Schadensersatzanspruch mindestens einen Schadensfall und somit mindestens eine unmittelbare Patentverletzung verlangt, kann kein Schadensersatzanspruch gegen den mittelbaren Patentverletzer geltend gemacht werden, wenn es zu keiner unmittelbaren Verletzungshandlung gekommen ist.¹⁶⁰ Bei dieser Aussage des BGH fällt sofort auf, dass die mittelbare Patentverletzung plötzlich wieder akzessorisch zur unmittelbaren Patentverletzung sein soll, obwohl gerade die Eigenständigkeit des § 10 PatG seit 1981 immer wieder betont wurde. Schlussfolgernd ergibt sich hieraus, dass auch kein Anspruch auf Rechnungslegung bestehen kann.

E. Schutzmöglichkeiten der Lieferanten und Anbieter

I. Überblick

Nach der Darstellung der Tatbestandsmerkmale, stellt sich die Frage, wie sich der Lieferant oder Anbieter vor der Verwirklichung einer mittelbaren Patentverletzung schützen kann. Gerade im Hinblick auf das Merkmal der Offensichtlichkeit ist der Pfad zwischen rechtmäßigem Verhalten und mittelbarer Patentverletzung, eventuell resultierend aus fahrlässiger Unwissenheit, sehr schmal. Dem Lieferanten oder Anbieter muss es demnach ermöglicht werden, seinerseits durch Vorkehrungen

dafür zu sorgen, dass die gelieferten oder angebotenen Mittel nicht zur Benutzung der patentierten Erfindung verwendet werden. Hierdurch soll der mittelbaren Patentverletzung ausgewichen werden.¹⁶¹ Problematisch ist dabei jedoch, dass auch geeignete Vorkehrungen nicht immer verhindern, dass Belieferte die von § 10 I PatG vorausgesetzte Bestimmung treffen.¹⁶² Welche Vorsorgemaßnahmen der Lieferant oder Anbieter einer Ware, die patentverletzend und patentfrei genutzt werden kann, zu treffen hat, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalles. Auf der einen Seite müssen diese Maßnahmen geeignet und ausreichend sein, um Patentverletzungen mit hinreichender Sicherheit zu verhindern. Auf der anderen Seite darf aber auch der Vertrieb der Mittel zur patentfreien Nutzung nicht in unzumutbarer Weise behindert werden.¹⁶³ Als Faustformel gilt, je naheliegender die Gefahr einer Verletzung, umso strengere Anforderungen sind an die Vorkehrungen zu stellen.¹⁶⁴

II. Vorkehrungen im Einzelnen

Kann ein Mittel nur in patentverletzender Weise genutzt werden, hat jegliches Anbieten oder Liefern selbstverständlich zu unterbleiben.¹⁶⁵ Das gleiche gilt bei positiver Kenntnis, dass der Belieferte das an sich patentfreie Mittel in patentverletzender Weise nutzen möchte. Besteht dieses Wissen nicht, werden konkrete Warn- und ausdrückliche Verwendungshinweise als ausreichend erachtet.¹⁶⁶ Es genügt, wenn die Warenlieferung unter einen Verwendungsvorbehalt gestellt wird oder wenn ausdrücklich und konkret vor einer patentverletzenden Handlung gewarnt wird, sofern sichergestellt ist, dass dies bei dem Belieferten beachtet wird. Lediglich eine Warnung in der Betriebsanleitung genügt allein nicht und hat nur ergänzende Wirkung.¹⁶⁷ Es ist wichtig, dass der Lieferant klare Angaben macht.¹⁶⁸ Eine weitere Mög-

lichkeit ist eine Unterlassungserklärung, gegebenenfalls sogar strafbewehrt.¹⁶⁹ Dies wäre wohl die sicherste, aber auch die am schwersten in der Praxis umzusetzende Methode.¹⁷⁰ Die Forderung, den Belieferten generell eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzuverlangen, würde aufgrund der zu erwartenden Reaktionen der potentiellen Kunden wirtschaftlich einem Verbot des Vertriebs gleichkommen.¹⁷¹ Demnach kommt der Zumutbarkeit und der Interessensabwägung eine besondere Rolle zu.¹⁷² Die Tragweite einer solchen Maßnahme hindert den Lieferanten regelmäßig erheblich in der freien geschäftlichen Betätigung.¹⁷³ Eine Unterlassungserklärung kann demnach nur verlangt werden, wenn andere Maßnahmen, wie beispielsweise der eben genannte Warnhinweis, nicht ausreichen, um eine ernstliche Vorsorge gegen eine Benutzungshandlung i.S.d. § 9 S. 2 PatG zu treffen.¹⁷⁴

F. Mittelbare Patentverletzung und mittelbare Täterschaft

I. Überblick

Es ist strafrechtlich und zivilrechtlich anerkannt, dass Patentverletzer nur sein kann, wer als Täter, Anstifter oder Gehilfe unmittelbar oder mittelbar eine Handlung i.S.d. §§ 9, 10 PatG verwirklicht.¹⁷⁵ Es soll nun geklärt werden, inwiefern die Handlungen i.S.d. § 10 I PatG zur mittelbaren Täterschaft abzugrenzen ist. Wie bereits festgestellt, werden die Formen der Beteiligung wie im Strafrecht verstanden.

II. Mittelbare Täterschaft i.S.d.

§ 25 I 2. Alt. StGB

1. Problemstellung

Täter ist, wem die Tat als eigene zuzurechnen ist. Abgrenzungsschwierigkeiten könnte es aufgrund des Wortlautes "mittelbare Patentverletzung", zur mittelbaren Täterschaft geben. Mittelbarer Täter i.S.d. § 25 I 2. Alt. StGB ist, wer die Tat durch einen anderen begeht. In Betracht käme

¹⁴⁹ Haedicke, GRUR 2009, 273 (276).

¹⁵⁰ Schulte/Kühnen, 8. Aufl. 2008, § 10 Rn. 45.

¹⁵¹ BGH GRUR 2007, 773 (777) - Rohrschweißverfahren.

¹⁵² Heermann, GRUR 1999, 625 (626 ff.).

¹⁵³ Meier-Beck, GRUR 1993, 1 (7).

¹⁵⁴ Ahrens, Gewerblicher Rechtsschutz, 2008, S. 182.

¹⁵⁵ Scharen, GRUR 2008, 944 (948).

¹⁵⁶ BGH GRUR 2006, 839 (841) - Deckenheizung.

¹⁵⁷ Ebenda.

¹⁵⁸ BGH GRUR 2007, 679 (684) - Haubenchstretchautomat.

¹⁵⁹ BGH GRUR 2005, 848 (854) - Antriebsscheibenaufzug; Haedicke GRUR 2009, 273 (275 f.); Benkard/Scharen, 10. Aufl. 2006, § 10 Rn. 25.

¹⁶⁰ BGH GRUR 2005, 848 (854) - Antriebsscheibenaufzug.

¹⁶¹ Mes, GRUR 1998, 281 (284).

¹⁶² Hesse, GRUR 2001, 995 (998).

¹⁶³ BGH GRUR 2006, 839 (842) - Deckenheizung

¹⁶⁴ Harmsen, GRUR 1964, 496 (498).

¹⁶⁵ Klaka, GRUR 1977, 337 (341).

¹⁶⁶ Fabry/Trimborn, GRUR 2008, 861 (862).

¹⁶⁷ BGH GRUR 2007, 679 (685) - Haubenchstretchautomat.

¹⁶⁸ Reimer, JR 1951, 307 (309).

¹⁶⁹ Mes, GRUR 1998, 281 (284).

¹⁷⁰ Fabry/Trimborn, GRUR 2008, 861 (862).

¹⁷¹ BGH GRUR 2007, 679 (685) - Haubenchstretchautomat

¹⁷² Harmsen, GRUR 1964, 496 (498).

¹⁷³ Axster, GRUR 1931, 653 (663).

¹⁷⁴ BGH GRUR 1961, 627 (628) - Metallspritzverfahren.

¹⁷⁵ Brandenburg, Mitt. 2005, 205 (206).

eine mittelbare Täterschaft kraft überlegenen Wissens.¹⁷⁶ Mittelbare Täterschaft liegt dann vor, wenn ein Lieferant seine gutgläubigen Abnehmer zur Patentverletzung veranlasst und er sie damit zu Werkzeugen bei der Begehung seiner eigenen Patentverletzung macht.¹⁷⁷ Das RG hat eine mittelbare Täterschaft bejaht, wenn ein Lieferant seine gutgläubigen Abnehmer zur Patentverletzung veranlasst, indem er bei ihnen den guten Glauben erweckte, sie würden mit dem Erwerb der gelieferten Mittel auch die Erlaubnis der geschützten Verwendung erwerben. Begründet wurde dies damit, dass der Lieferant seine Kunden als Werkzeug zur Begehung der Patentverletzung benutzt habe.¹⁷⁸ In diesem Fall hat ein Lieferant Metall an gutgläubige Abnehmer geliefert und in ihm den guten Glauben erweckt, mit dem Erwerb des Metalls hätte er auch die Erlaubnis zu der geschützten Verwendung erworben. Demnach handelt es sich hierbei um Fälle, bei denen der Vorsatz des Belieferten zur Verletzungshandlung i.S.d. § 9 S. 2 PatG fehlt, jedoch der Vorsatz zur unmittelbaren Patentverletzung beim Lieferanten gegeben ist und es im Ergebnis auch zu einer Handlung i.S.d. § 9 S. 2 PatG gekommen ist. Nach strenger Subsumtion müsste § 10 I PatG verneint werden, denn es fehlt der Vorsatz des Belieferten. Der Abnehmer muss die Benutzung des Gegenstandes wollen und seine Entscheidung zum Zeitpunkt der Lieferung oder des Angebots bereits getroffen haben.¹⁷⁹ Über die Anwendung der mittelbaren Täterschaft im Patentrecht herrscht jedoch Streit.

2. Ansicht von Teilen der Literatur

Teile der Literatur bejahen in Ausnahmefällen die Möglichkeit der Anwendung der mittelbaren Täterschaft. *Keukenschrijver* verneint grundsätzliche Bedenken und hält die Anwendung in besonderen Ausnahmefällen für möglich.¹⁸⁰ Auch *Teschemacher* bejahte schon früher die Anwendbarkeit der mittelbaren Täterschaft. Jedoch sollte dies nur bei speziellen Fällen, wie dem o-

ben Genannten, bejaht werden, da es bei den üblichen Lieferungsfällen dem Lieferanten gleichgültig sein wird, ob der Abnehmer berechtigt handelt oder nicht. Dem Lieferanten kommt es in erster Linie darauf an, seine Ware zu veräußern. Jedoch unter den oben genannten engen Voraussetzungen soll eine mittelbare Täterschaft bejaht werden, da der Lieferant seinen Abnehmer als gutgläubiges Werkzeug benutzte, um durch ihn eine Handlung i.S.d. § 9 S. 2 PatG verwirklichen zu lassen. Der Täterwille ergibt sich daraus, dass der Verletzungserfolg dem Lieferanten zuzurechnen ist, da der Abnehmer nicht kaufen würde, wenn er von den Umständen wüsste.¹⁸¹

3. Gegenansicht

Insbesondere *Scharen* lehnt die Anwendbarkeit der mittelbaren Täterschaft ab. Hauptargument ist, dass der Standpunkt, der Abnehmer sei ein Werkzeug des Lieferanten, mit dem der Lieferant die Patentverletzung begehe, künstlich sei. Der im Strafrecht entwickelte Begriff der mittelbaren Täterschaft treffe hauptsächlich den Fall, dass der Verletzte sich einer schuldlos handelnden Person als Werkzeug bediene.¹⁸² Dies würde nicht für den Abnehmer gelten, der darauf hin die Verletzungshandlung i.S.d. § 9 S. 2 PatG vornimmt und könne auch keine Rechtfertigung im Patentrecht finden.¹⁸³

4. Stellungnahme

Der Ansicht von *Keukenschrijver* und *Teschemacher* ist zu folgen. Zwar mag die mittelbare Täterschaft im strafrechtlichen Sinn grundsätzlich einen anderen ursprünglichen Sinn verfolgt haben, jedoch sollte eine Anwendbarkeit bei den oben genannten expliziten Fällen gegeben sein. *Scharen* betont hier ausdrücklich das schuldlos handelnde Werkzeug. Jedoch sollte die mittelbare Täterschaft nicht nur auf Handelnde reduziert werden, die aufgrund von Entschuldigungsgründen oder seelischer Störungen schuldlos handeln. Vordermann i.S.d. § 25 I 2. Alt. StGB können auch objektiv tatbestandslos, rechtmäßig oder vorsatzlos Handelnde sein.

Demnach ist dem Argument von *Scharen* nicht ohne weiteres zuzustimmen. Es ist vielleicht ungewöhnlich, die mittelbare Täterschaft im System des deutschen Patentrechts anzuwenden. Aber warum sollte die Anwendbarkeit verneint werden, wenn Teilnahmeformen wie Anstiftung oder Beihilfe auch zulässig sind und angewendet werden. Da eine mittelbare Patentverletzung aufgrund des fehlenden Handlungswillens der Belieferten ausscheiden würde, bestünde die Gefahr einer Strafbarkeitslücke. Es ist ja auch nicht so, dass der Vordermann der mittelbaren Täterschaft strafrei ausgeht, wenn er ebenfalls rechtswidrig und schuldhaft handelt.¹⁸⁴ Auch nicht, wenn er, wie im vorliegenden Fall, irrtümlich eine Berechtigung annimmt, weil es ihm der Lieferant versichert hat. Eine Anstiftung i.S.d. § 26 StGB hätte hier ebenfalls verneint werden müssen, da es hier an der Patentverletzung als vorsätzlicher rechtswidriger Haupttat mangelt. Allein diese Lösung kann dem Interesse der Patentrechtsinhaber gerecht werden.

G. Einordnung des Tatbestandes der mittelbaren Patentverletzung

I. Grundlegende Zuordnung

Nach den erfolgten Ausführungen steht nun fest, dass es sich bei der mittelbaren Patentverletzung um einen selbstständigen Tatbestand handelt, der die Vorbereitungshandlungen einer unmittelbaren Verletzungshandlung i.S.d. § 9 S. 2 PatG umfasst. Nach herrschender Ansicht soll es sich hierbei um einen Gefährdungstatbestand handeln.¹⁸⁵ Bei Gefährdungsdelikten stellt die Tat eine mehr oder weniger intensive Bedrohung des Handlungsobjektes dar.¹⁸⁶ § 10 PatG bezweckt, die unberechtigte Benutzung bereits im Vorfeld zu verhindern.¹⁸⁷ Demnach wird schon das Anbieten und Liefern von Mitteln verboten, die den Abnehmer in den Stand setzen die geschützte Erfindung unberechtigt zu be-

nutzen.¹⁸⁸ Es reicht der einfache Tatbestand einer Gefahrenlage alleine aus, wonach eine unmittelbare Patentverletzung nahe liegt.¹⁸⁹ Durch das Anbieten oder Liefern der bereits beschriebenen Mittel wird demnach eine Gefahrenlage geschaffen, die eine unmittelbare Verletzung zwar nicht zwingend herbeiführen muss, aber zumindest sehr stark begünstigt, da hierdurch die Benutzung ermöglicht wird. Die Einordnung scheint demnach schlüssig. Es stellt sich jedoch noch die Frage, ob es sich um ein abstraktes oder konkretes Gefährdungsdelikat handelt.

II. § 10 I PatG als abstraktes Gefährdungsdelikat

Abstrakte Gefährdungsdelikte umfassen typisch gefährliches Verhalten, ohne den Eintritt einer tatsächlichen Gefahr zu fordern.¹⁹⁰ § 10 I PatG umfasst als Handlung das Anbieten und Liefern der beschriebenen Mittel. Diese beiden Handlungen können eher nicht mit den typischen Handlungen verglichen werden, die regelmäßig als abstraktes Gefährdungsdelikat eingestuft werden, wie Brandstiftung i.S.d. § 306 StGB oder unerlaubter Umgang mit gefährlichen Abfällen i.S.d. § 326 StGB.

III. § 10 I PatG als konkretes Gefährdungsdelikat

Bei den konkreten Gefährdungsdelikten beschreibt der Tatbestand ein Verhalten, welches eine Gefahr für Menschen oder Sachen auslöst.¹⁹¹ Wenn das Mittel, welches zur Benutzung bestimmt ist, geliefert wird, ist eine unmittelbare Verletzungshandlung i.S.d. § 9 S. 2 PatG so nah, dass der Nichteintritt nur noch vom Zufall abhängt. Mit dieser Formulierung wird regelmäßig beschrieben, wann eine konkrete Gefährdung vorliegt.¹⁹² Konkrete Gefährdungsdelikte als Erfolgsdelikte liegen in den Fällen vor, in denen der Eintritt des Verletzungserfolges nur „einen Wimpernschlag“ entfernt ist. Durch die Lieferung gem. § 10 I PatG kann die Gefahr eines Verletzungserfolges eintreten, da hierdurch die Benutzung durch den Abnehmer mög-

¹⁷⁶ Joecks, 7. Aufl. 2007, § 25 Rn. 20.

¹⁷⁷ Chrocziel/Hufnagel, FS – Tilmann, 2003, S. 449 (459 f.).

¹⁷⁸ RGZ 86, 412 (418) – pyrophore Metalllegierungen.

¹⁷⁹ König, Mitt. 2000, 10 (20).

¹⁸⁰ Busse/Keukenschrijver, 6. Aufl. 2003, § 10 Rn. 32.

¹⁸¹ Teschemacher, Die mittelbare Patentverletzung, 1974, S. 131.

¹⁸² Benkard/Scharen, 10. Aufl. 2006, § 10 Rn. 30.

¹⁸³ Chrocziel/Hufnagel, FS – Tilmann, 2003, S. 449 (459).

¹⁸⁴ Baumann/Weber/Mitch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, S. 623.

¹⁸⁵ König, Mitt. 2000, 10 (11); Fitzner, Mitt. 2008, 243 (247); BGH GRUR 1992, 40 (42) – beheizbarer Atemluftschlauch.

¹⁸⁶ Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl. 2006, S. 338.

¹⁸⁷ BGH GRUR 1992, 40 (42) – beheizbarer Atemluftschlauch.

¹⁸⁸ BGH GRUR 2007, 773 (775) – Rohrschweißverfahren.

¹⁸⁹ Schmieder, NJW 1980, 1190 (1194).

¹⁹⁰ Ebert, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2001, S. 41.

¹⁹¹ Satzger, NSTz 1998, 112 (114).

¹⁹² Schünemann, JA 1975, 787 (797).

lich wurde.¹⁹³ Problematisch ist jedoch, dass beim Anbieten eine nicht so starke Gefahrenlage geschaffen wird. Die mittelbare Patentverletzung i.S.d. § 10 PatG, die durch das Liefern verwirklicht wurde, könnte jedoch als konkreten Gefährdungsdelikt in Form eines Erfolgsdelikts betrachtet werden.

IV. Stellungnahme

Bei § 10 I PatG handelt es sich um ein konkretes Gefährdungsdelikt. Die Einordnung der Handlungen des Lieferns und des Anbietens, innerhalb des Gefährdungstatbestands, lassen sich jedoch nicht gemeinsam unter die, in der Rechtslehre entwickelten Grundsätze, subsumieren, obwohl durch beide eine Gefahrenlage geschaffen wird, jedoch von unterschiedlicher Intensität. Die Einordnung der mittelbaren Patentverletzung als konkreter Gefährdungstatbestand ist aber wohl am passendsten.

H. Fazit

I. Abschließende Betrachtung

§ 10 PatG ist zweifelsfrei ein Exot innerhalb des deutschen Patentrechts. Berechtigt wird auch heute noch angeführt, dass der Tatbestand dogmatisch nicht in das deutsche Patentrechtssystem passt, insbesondere durch die Anforderungen eines objektiven und subjektiven Tatbestandes.¹⁹⁴ Auf der anderen Seite steht jedoch zweifelsfrei fest, dass der Tatbestand des § 10 PatG unabdingbar ist, um den Patentinhabern einen umfassenden Schutz zu gewährleisten. Insbesondere durch den Verzicht der Akzessorietät zur unmittelbaren Verletzungshandlung wurde die Stellung der Patentinhaber gestärkt. Allerdings sollte ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass die Position der Patentinhaber zwar gestärkt ist, jedoch den Interessen der Lieferanten zu wenig Beachtung geschenkt wurde. Insbesondere bei der Offensichtlichkeit bewegt sich der Lieferant auf einem schmalen Pfad. Desweiteren können die Vorsorgemaßnahmen wie Warnhinweise oder sogar strafbewehrte Unterlassungserklärungen in der Praxis große Hürde für den Lieferanten darstellen. Diese können insbesondere zu Lasten von Vertragsverhandlungen gehen. Im Einzelfall auftretende Lücken, die von § 10 PatG nicht erfasst werden, könnten durch die

Anwendung der mittelbaren Täterschaft gefüllt werden. Jedoch sollte immer auf eine saubere Abgrenzung der mittelbaren Patentverletzung zur mittelbaren Täterschaft und zu den Teilnahmeformen vorgenommen werden, um Unklarheiten zu vermeiden. Diese resultieren im Ursprung wohl aus der ungünstigen Formulierung „mittelbare“ Patentverletzung. *Holzapfel* hat vorgeschlagen § 10 PatG als „Patentgefährdung“ zu bezeichnen.¹⁹⁵ Dies würde wohl auch der Form des § 10 PatG als Gefährdungstatbestand eher Rechnung tragen und würde eventuelle Unklarheiten und Verwechslungen schon im Ursprung verhindern.

II. Ausblick für die Zukunft

In den letzten Jahren hat sich die höchstrichterliche Rechtsprechung vermehrt den speziellen Problemen des § 10 PatG zugewandt. Hierdurch konnten Unklarheiten teilweise beseitigt werden. Dies kann als positive Entwicklung bewertet werden, die insbesondere auch die Stellung der Lieferanten und Anbieter in dem Sinne stärkt, dass sie in Bezug auf die Voraussetzungen des § 10 PatG mehr Klarheit und demnach auch mehr Handlungssicherheit haben. Es ist wünschenswert, dass sich der BGH auch weiterhin mit den ungenauen Formulierungen des § 10 PatG auseinandersetzt und die neu gewonnenen Erkenntnisse auch konsequent in den zukünftigen Entscheidungen anwendet

II. BUCHBESPRECHUNG

PAUL STRÖBELE/FRAZ HACKER (HRSG.), MARKENGESETZ. KOMMENTAR, CARL HEYMANNS VERLAG, 9. AUFL., 2009, 2672 SEITEN, GEBUNDEN, ISBN 978-3-452-27051-1, EUR 208,-

Die Voraufgabe des Ströbele/Hacker aus dem Jahre 2006 wurde ausführlich besprochen (*Goldmann*, WRP 2007, 103 ff.; *Kurig*, GRUR Int. 2007, 267 f.; *Kunz-Hallstein*, NJW 2007, 1513; *Dreiss*, Mitt. 2007, 243) und von den Rezensenten mit viel Lob bedacht. Was also – abgesehen von der einer jeden Neuauflage anheim stehenden Aktualisierung – bringt die aktuelle Auflage Neues?

Zunächst einmal das Format. Die Neuauflage ist dünner geworden – rund 2 cm. Wer jetzt meint, weniger Seiten fürs Geld zu bekommen, liegt falsch. Die Dickenreduzierung beruht ausschließlich auf der Verwendung dünneren Papiers. Der Umfang des Kommentarteiles ist dagegen um rund 120 Seiten auf 2054 Seiten angewachsen, die Gesamtseitenzahl sogar um ca. 170 Seiten auf 2632 Seiten. Doch damit nicht genug: Der Kommentar kommt in einem größerem Format, einschließlich eines größeren Satzspiegels. Der tatsächliche Zuwachs an Inhalt beträgt somit weit mehr als die schon opulenten 120 Seiten mehr an Kommentierung erwarten lassen. Nichts anderes war freilich zu erwarten, ist doch das Markenrecht nach wie vor so stark im Fluss wie kaum ein anderes Rechtsgebiet, und das, obwohl der Gesetzgeber kaum etwas dazu beigetragen hat. Vielmehr ist es die Rechtsprechung, allen voran des EuGH, die das Markenrecht immer weiter ausziseliert. Angesichts dieser Stofffülle den Überblick zu behalten, fällt nicht leicht. Und aus der Fortschreibung eines Kommentars wird – wie vorliegend – schnell eine fast vollständige Neubearbeitung.

Die aktuelle Auflage bringt erneut eine Erweiterung des Autorenkreises mit sich. Mit *Helga Kober-Dehm* und *Helmut Knoll* sind zwei weitere Richter am Bundespatentgericht dem Autorenkreis beigetreten und haben Teile der bisher von *Paul Ströbele* verantworteten Kommentierung über die Beschwerde und die Rechtsbeschwerde (*Knoll*) sowie die gemeinsamen Vorschrif-

ten (*Kober-Dehm*) übernommen. Die nunmehr fünf Autoren bringen das Werk auf den Stand vom 1. Januar 2009. Neben einigen kleinen Änderungen war namentlich die Umsetzung der Enforcement-Richtlinie (vor allem Vernichtungs- und Rückrufansprüche, der Auskunftsanspruch sowie Vorlage und Besichtigungsansprüche nach Kennzeichenverletzung) einzuarbeiten.

Der Ströbele/Hacker zeichnet sich auch in der neuen Auflage durch eine umfassende Auswertung der deutschen höchstrichterlichen aber auch in der Instanzrechtsprechung aus. Hinzu kommen Judikate des EuGH, des EuG sowie ausgewählte Entscheidungen des HABM und ausländischer Gerichte. Auf Grundlage dieses immensen Fallmaterials gelingt es den Autoren, das Markenrecht zu systematisieren und die Ausgestaltung und Anwendung des Markengesetzes durch die Rechtsprechung nachzuzeichnen und – wenn nötig – kritisch zu kommentieren. Der Leser erhält auf diese Weise einen sicheren Überblick über den Stand der Rechtsprechung. Zugleich arbeiten die Kommentatoren das Markenrecht einschließlich seiner europäischen und internationalen Bezüge wissenschaftlich auf, wobei auch die Literatur nicht zu kurz kommt. Einzelne Stellen der Kommentierung herauszustellen, würde dem Wert des Gesamtwertes nicht gerecht und beruhte ohnehin auf rein persönlichen Interessen. Mit großem Interesse hat der Rezensent beispielsweise die Ausführungen *Hackers* zum Verhältnis des Markenrechts zu anderen Vorschriften, namentlich des UWG, hier vor allem die Auswirkungen der UGP-Richtlinie und des entsprechenden Umsetzungsgesetzes (§ 2 Rn. 9-15) sowie *Ströbeles* Einschätzung des Einflusses der *Bainbridge-Entscheidung* des EuGH auf die rechtserhaltende Benutzung einer Marke durch eine ihrerseits abgewandelte Benutzungsform (§ 26 Abs. 3 S. 2) gelesen.

Zum Schluss sei nur eine kleine Kritik gestattet, freilich eine, die nicht den Inhalt des besprochenen Werkes betrifft und darüber hinaus Geschmacksache ist. Der Rezensent jedenfalls vermag sich mit dem rein numerischen Gliederungssystem nach wie vor nicht anzufreunden, insbesondere wenn dies bis in die fünfte Ebene reicht (etwa Seite 681: „3.1.2.1.1.“).

Dr. Jan Eichelberger, LL.M.oec.

¹⁹³ *Fitzner*, Mitt. 2008, 243 (247).

¹⁹⁴ *Fitzner*, Mitt. 2008, 243 (249).

¹⁹⁵ *Holzapfel*, GRUR 2002, 193 (194).

B. ENTSCHEIDUNGEN

I. EUGH / EuG

zusammengestellt von
Dr. Jan Eichelberger, LL.M.oec.

1. MARKENRECHT

Marken – Verordnung (EG) Nr. 40/94 – Art. 9 Abs. 1 Buchst. c – In der Gemeinschaft bekannte Marke – Geografische Ausdehnung der Bekanntheit

Urteil des Gerichtshofs (Zweite Kammer) v. 6.10.2009 – C-301/07 – Vorabentscheidungsersuchen des öOGH) – PAGO International GmbH ./.. Tirolmilch registrierte Genossenschaft mbH

Art. 9 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke ist dahin auszulegen, dass eine Gemeinschaftsmarke, um in den Genuss des von dieser Vorschrift vorgesehenen Schutzes zu kommen, bei einem wesentlichen Teil des Publikums, das von den durch sie erfassten Waren oder Dienstleistungen betroffen ist, in einem wesentlichen Teil des Gemeinschaftsgebiets bekannt sein muss und dass das Gebiet des betreffenden Mitgliedstaats angesichts der Umstände des Ausgangsverfahrens als wesentlicher Teil des Gemeinschaftsgebiets angesehen werden kann.

Marken – Internationale Registrierung – Protokoll zum Madrider Abkommen – Verordnung (EG) Nr. 40/94 – Art. 146 – Gleiche Wirkungen einer internationalen Registrierung und einer Gemeinschaftsmarke in der Gemeinschaft – Verordnung (EG) Nr. 1383/2003 – Art. 5 Abs. 4 – Waren, die im Verdacht stehen, eine Marke zu verletzen – Tätigwerden der Zollbehörden – Inhaber einer Gemeinschaftsmarke – Anspruch auf Tätigwerden auch in anderen Mitgliedstaaten als dem der Antragstellung – Ausweitung auf den Inhaber einer internationalen Registrierung

Urteil des Gerichtshofs (Sechste Kammer) vom 2. Juli 2009 – C-302/08 (Vorabentscheidungsersuchen des Finanzgericht

München) – Zino Davidoff SA ./.. Bundesfinanzdirektion Südost

Art. 5 Abs. 4 der Verordnung (EG) Nr. 1383/2003 des Rates vom 22. Juli 2003 über das Vorgehen der Zollbehörden gegen Waren, die im Verdacht stehen, bestimmte Rechte geistigen Eigentums zu verletzen, und die Maßnahmen gegenüber Waren, die erkanntermaßen derartige Rechte verletzen, ist im Licht von Art. 146 der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke in der durch die Verordnung (EG) Nr. 1992/2003 des Rates vom 27. Oktober 2003 geänderten Fassung dahin auszulegen, dass er es dem Inhaber einer international registrierten Marke ermöglicht, ebenso wie der Inhaber einer Gemeinschaftsmarke ein Tätigwerden der Zollbehörden eines anderen Mitgliedstaats oder mehrerer anderer Mitgliedstaaten als des Mitgliedstaats, in dem er den Antrag stellt, herbeizuführen.

Verordnungen (EWG) Nr. 2081/92 und (EG) Nr. 1347/2001 – Gültigkeit – Gattungsbezeichnung – Koexistenz zwischen einer Marke und einer geschützten geographischen Angabe

Urteil des Gerichtshofs (Vierte Kammer) vom 2. Juli 2009 – C-343/07 (Vorabentscheidungsersuchen des Corte d'appello di Torino [Italien]) – Bavaria NV, Bavaria Italia Srl ./.. Bayerischer Brauerbund e. V.

1. Die Prüfung der ersten Frage des vorliegenden Gerichts hat nichts ergeben, was die Gültigkeit der Verordnung (EG) Nr. 1347/2001 des Rates vom 28. Juni 2001 zur Ergänzung des Anhangs der Verordnung (EG) Nr. 1107/96 der Kommission zur Eintragung geographischer Angaben und Ursprungsbezeichnungen gemäß dem Verfahren nach Artikel 17 der Verordnung (EWG) Nr. 2081/92 des Rates berühren könnte.

2. Die Verordnung Nr. 1347/2001 ist dahin auszulegen, dass sie die Gültigkeit von vorher bestehenden Marken Dritter, die das Wort „Bavaria“ enthalten und die vor dem Zeitpunkt des Antrags auf Eintragung der g.g.A. „Bayerisches Bier“ in gutem Glauben eingetragen worden sind, sowie die Möglichkeit einer Benutzung dieser

Marken, die einen der Tatbestände des Art. 13 der Verordnung Nr. 2081/92 des Rates vom 14. Juli 1992 zum Schutz von geographischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel erfüllt, nicht beeinträchtigt, sofern diese Marken nicht einem der in Art. 3 Abs. 1 Buchst. c und g und Art. 12 Abs. 2 Buchst. b der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken genannten Gründe für die Ungültigkeit oder den Verfall unterliegen.

2. GESCHMACKSMUSTERRECHT

Verordnung (EG) Nr. 6/2002 – Gemeinschaftsgeschmacksmuster – Art. 14 und 88 – Inhaber des Rechts auf das Gemeinschaftsgeschmacksmuster – Nicht eingetragenes Geschmacksmuster – Auftragsgeschmacksmuster

Urteil des Gerichtshofs (Erste Kammer) vom 2. Juli 2009 – C-32/08 Vorabentscheidungsersuchen des Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante y nº 1 de Marca Comunitaria [Spanien] – Fundación Española para la Innovación de la Artesanía (FEIA) ./.. Cul de Sac Espacio Creativo SL, Acierta Product & Position SA

1. Art. 14 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 6/2002 des Rates vom 12. Dezember 2001 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster gilt nicht für als Auftragsarbeiten entworfene Gemeinschaftsgeschmacksmuster.

2. Unter Umständen wie den im Ausgangsverfahren in Rede stehenden ist Art. 14 Abs. 1 der Verordnung Nr. 6/2002 dahin auszulegen, dass das Recht auf das Gemeinschaftsgeschmacksmuster dem Entwerfer zusteht, sofern es nicht vertraglich auf einen Rechtsnachfolger übertragen wurde.

3. URHEBERRECHT

Urheberrechte – Informationsgesellschaft – Richtlinie 2001/29/EG – Art. 2 und 5 – Werke der Literatur und Kunst – Begriff der Vervielfältigung – ‚Teilweise‘ Vervielfältigung – Vervielfältigung

gung kurzer Auszüge aus Werken der Literatur – Zeitungsartikel – Vorübergehende und flüchtige Vervielfältigungen – Technisches Verfahren, das im Einscannen von Artikeln und deren anschließender Umwandlung in eine Textdatei, einer elektronischen Verarbeitung der Vervielfältigung, der Speicherung eines Teils der Vervielfältigung und deren Ausdruck besteht
Urteil des Gerichtshofs (Vierte Kammer) vom 16. Juli 2009 – C-5/08 (Vorabentscheidungsersuchen des Højesteret [Dänemark]) – Infopaq International A/S ./.. Danske Dagblades Forening

1. Eine Handlung, die im Laufe eines Datenerfassungsverfahrens vorgenommen wird, das darin besteht, einen aus elf Wörtern bestehenden Auszug eines geschützten Werkes zu speichern und auszudrucken, kann unter den Begriff der teilweisen Vervielfältigung im Sinne von Art. 2 der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft fallen, wenn die so wiedergegebenen Bestandteile – was vom vorliegenden Gericht zu prüfen ist – die eigene geistige Schöpfung durch den Urheber zum Ausdruck bringen.

2. Das Ausdrucken eines aus elf Wörtern bestehenden Auszugs, der im Laufe eines Datenerfassungsverfahrens wie dem im Ausgangsverfahren fraglichen erfolgt, erfüllt nicht die Voraussetzung der Flüchtigkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29, und daher darf dieses Verfahren nicht ohne die Zustimmung der Inhaber der betreffenden Urheberrechte durchgeführt werden.

4. PATENTRECHT

Patentrecht – Arzneyspezialitäten – Verordnungen (EWG) Nr. 1768/92 und (EG) Nr. 1610/96 – Ergänzendes Schutzzertifikat für Arzneimittel – Voraussetzungen für die Erteilung von Zertifikaten an zwei oder mehr Inhaber von Grundpatenten für dasselbe Erzeugnis – Angabe über das Vorliegen anhängiger Anmeldungen

Urteil des Gerichtshofs (Dritte Kammer) vom 3. September 2009 – C-482/07 (Vorabentscheidungsersuchen der Rechtbank 's-Gravenhage [Niederlande]) – AHP Manufacturing BV ./ Bureau voor de Industriële Eigendom

Art. 3 Buchst. c der Verordnung (EWG) Nr. 1768/92 des Rates vom 18. Juni 1992 über die Schaffung eines ergänzenden Schutzzertifikats für Arzneimittel ist unter Berücksichtigung von Art. 3 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1610/96 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 1996 über die Schaffung eines ergänzenden Schutzzertifikats für Pflanzenschutzmittel dahin auszulegen, dass er der Erteilung eines ergänzenden Schutzzertifikats zugunsten des Inhabers eines Grundpatents für ein Erzeugnis, für das zum Zeitpunkt der Anmeldung des Zertifikats bereits einem oder mehreren Inhabern eines oder mehrerer anderer Grundpatente ein oder mehrere Zertifikate erteilt worden sind, nicht entgegensteht.

II. BUNDESGERICHTSHOF

zusammengestellt von *Stephan Kunze*

1. PATENTRECHT / GEBRAUCHSMUSTERRECHT

Gehäusestruktur

BGH, Beschl. v. 16. Dezember 2008 – X ZB 14/08 – Bundespatentgericht
PatG § 73 Abs. 3

Wird Beschwerde gegen Beschlüsse der Prüfungsstellen und Patentabteilungen eingelegt, so ist für andere Entscheidungen als die Abhilfe das Patentamt nicht zuständig; das gilt auch für die Entscheidung über ein Wiedereinsetzungsgesuch.

Fundstelle: GRUR 2009, 521; MitttdtschPatAnw 2009, 196; CIPR 2009, 92

Schleifkorn

BGH, Urteil vom 26. Mai 2009 – X ZR 185/04 – Bundespatentgericht
EPÜ Art. 56 Abs. 2; PatG § 3 Abs. 1

Ein Zwischenprodukt, das gemäß einer technischen Lehre während eines mehrstufigen Herstellungsprozesses nur vorübergehend und abschnittsweise in einer bestimmten Beschaffenheit besteht (hier: ein mit einer hygroskopischen Substanz beschichtetes Schleifkorn), gehört als solches zum Stand der Technik, sofern der Herstellungsvorgang nicht derart vonstatten geht, dass das Erzeugnis übergangslos und unabgrenzbar in einen Zustand mit anderer Beschaffenheit umgeformt wird.

Fundstelle: MitttdtschPatAnw 2009, 399

Druckmaschinen-Temperierungssystem II

BGH, Urteil vom 21. April 2009 – X ZR 153/04 – Bundespatentgericht
EPÜ Art. 138 Abs. 1 lit. c, Art. 69 Abs. 1; PatG § 21 Abs. 1 Nr. 4, § 14 Abs. 1

Der Gegenstand des Patents geht nicht schon dadurch über den Inhalt der Anmeldung hinaus, dass er mit Begriffen gekennzeichnet ist, die in den Anmeldeunterlagen als solche nicht verwendet worden sind, insbesondere, wenn damit längere Umschreibungen in den ursprünglich eingereichten Unterlagen zusammenfassend oder schlagwortartig umschrieben werden.

2. URHEBERRECHT/ GESCHMACKSMUSTERRECHT

Mambo No. 5

BGH, Urteil vom 4. Dezember 2008 – I ZR 49/06 – OLG München; LG München I
UrhG § 31

Räumt der Urheber einem Dritten urheberrechtliche Nutzungsrechte ein, obwohl er die entsprechenden Rechte schon zuvor der GEMA zur Wahrnehmung überlassen hatte, und geht die Rechtseinräumung zugunsten des Dritten daher ins Leere, kann nicht davon ausgegangen werden, der Urheber habe dem Dritten jedenfalls die Ansprüche abgetreten, die ihm im Falle einer Urheberrechtsverletzung im Hinblick auf das eigene Interesse an der Rechtsverfolgung neben der GEMA zustehen.

Fundstelle: WRP 2009, 1008; ZUM- RD 2009, 433; MitttdtschPatAnw 2009, 428

Cybersky

BGH, Urteil vom 15. Januar 2009 – I ZR 57/07 – OLG Hamburg; LG Hamburg
UrhG § 87 Abs. 1, § 97 Abs. 1

a) Wer für eine Ware, die nach dem Urheberrechtsgesetz sowohl rechtmäßig als auch rechtswidrig genutzt werden kann, gezielt damit wirbt, dass diese für urheberrechtswidrige Zwecke verwendet werden kann (hier: zur Verletzung des Sendeunternehmens zustehenden Leistungsschutzrechts nach § 87 Abs. 1 UrhG), darf diese Ware nicht in Verkehr bringen, solange die von ihm geschaffene Gefahr einer urheberrechtswidrigen Verwendung fortbesteht.

b) Der vorbeugende Unterlassungsanspruch aus § 97 Abs. 1 UrhG erstreckt sich auf die eine künftige Rechtsverletzung vorbereitenden Maßnahmen; er umfasst daher auch die Werbung für eine Ware mit der Aussage, diese könne zur Verletzung von nach dem Urheberrechtsgesetz geschützten Rechten verwendet werden (Bestätigung von BGH, Urt. v. 22.1.1960 – I ZR 41/58, GRUR 1960, 340, 343 f. – Werbung für Tonbandgeräte).

Fundstelle: WRP 2009, 1139; GRUR 2009, 841; MMR 2009, 625; MMR 2009, 625

Le-Corbusier-Möbel II

BGH, Urteil vom 22. Januar 2009 – I ZR 247/03 – OLG Frankfurt a.M.; LG Frankfurt a.M.

UrhG § 15 Abs. 1 Nr. 2, § 17 Abs. 1, § 96 Abs. 1, § 97 Abs. 1 und 2; InformationsgesellschaftRL Art. 4 Abs. 1

a) Die Vorschrift des Art. 4 Abs. 1 der Informationsgesellschafts-Richtlinie über das Verbreitungsrecht begründet nicht nur ein Mindestrecht, hinter dem die Mitgliedstaaten bei der Bestimmung ihres Schutzniveaus nicht zurückbleiben dürfen, sondern stellt eine verbindliche Regelung des Verbreitungsrechts auch im Sinne eines Maximalschutzes dar.

b) Ein Dritter greift nicht in das ausschließlich dem Urheber zustehende Verbreitungsrecht nach § 15 Abs. 1 Nr. 2, § 17 UrhG ein, wenn er Nachbildungen urheberrechtlich geschützter Modelle von Möbeln öffentlich aufstellt oder der Öffentlichkeit zum Gebrauch zugänglich macht.

Fundstelle: WRP 2009, 1127; GRUR 2009, 840

Kranhäuser

BGH, Urteil vom 26. Februar 2009 – I ZR 142/06 – OLG Hamburg; LG Hamburg
UrhG § 8 Abs. 1, § 10 Abs. 1

a) Sind auf den Vervielfältigungsstücken eines erschienenen Werkes oder auf dem Original eines Werkes der bildenden Künste mehrere Personen in der üblichen Weise als Urheber bezeichnet, werden sie gemäß § 10 Abs. 1 UrhG – auch im Verhältnis zueinander – bis zum Beweis des Gegenteils als Miturheber des Werkes angesehen.

b) Bereits ein geringfügiger eigenschöpferischer Beitrag zu einem gemeinsam geschaffenen Werk, der sich nicht gesondert verwerten lässt, begründet nach § 8 Abs. 1 UrhG die Miturheberschaft.

Reifen Progressiv

BGH, Urteil vom 26. März 2009 – I ZR 153/06 – OLG Köln; LG Köln
UrhG §§ 35, 41

Ein einfaches Nutzungsrecht, das sich von einem ausschließlichen Nutzungsrecht ableitet, erlischt nicht, wenn das ausschließliche Nutzungsrecht aufgrund eines wirksamen Rückrufs wegen Nichtausübung (§ 41 UrhG) erlischt.

Fundstelle: WRP 2009, 1278

Tripp-Trapp-Stuhl

BGH, Urteil vom 14. Mai 2009 - I ZR 98/06 - OLG Hamburg; LG Hamburg
UrhG § 97 Abs. 1 Satz 2 (F: 23.6.1995)

a) Der Verletzererfolg ist nach einer Verletzung urheberrechtlicher Nutzungsrechte nach § 97 Abs. 1 UrhG nur insoweit herauszugeben, als er auf der Rechtsverletzung beruht. Beim urheberrechtsverletzenden Verkauf einer unfreien Bearbeitung kommt es insoweit maßgeblich darauf an, inwieweit der Entschluss der Käufer zum Erwerb der angegriffenen Ausführung gerade darauf zurückzuführen ist, dass diese die Züge erkennen lässt, auf denen der Urheberrechtsschutz des benutzten Werkes beruht. Jedenfalls dann, wenn es um die Verletzung des Urheberrechts an einem Werk der angewandten Kunst geht, kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass der Verletzererfolg im Falle einer identischen Nachahmung vollständig auf der Verletzung beruht. Vielmehr sind in einem solchen Fall regelmäßig auch andere Faktoren wie die Funktionalität oder der günstige Preis der unfreien Bearbeitung für die Kaufentscheidung maßgeblich.

b) Haben innerhalb einer Lieferkette mehrere Lieferanten nacheinander urheberrechtliche Nutzungsrechte verletzt, ist der Verletzte zwar grundsätzlich berechtigt, von jedem Verletzer innerhalb der Verletzerkette die Herausgabe des von diesem erzielten Gewinns als Schadensersatz zu fordern. Der vom Lieferanten an den Verletzten herauszugebende Gewinn wird aber durch Ersatzzahlungen gemindert, die der Lieferant seinen Abnehmern wegen deren Inanspruchnahme durch den Verletzten erbringt.

Fundstelle: WRP 2009, 1129; GRUR 2009, 856

CAD-Software

BGH, Urteil vom 20. Mai 2009 - I ZR 239/06 - OLG Zweibrücken; LG Frankfurt
UrhG § 97 Abs. 1 (F: 23.6.1995)

Wer ein fremdes, urheberrechtlich geschütztes Computerprogramm zum Herunterladen ins Internet einstellt, darf sich nicht darauf verlassen, dass es sich dabei mangels entgegenstehender Anhaltspunkte um ein Programm handelt, mit dessen öffentlicher Zugänglichmachung der Berech-

tigte einverstanden ist. Er muss vielmehr zuvor sorgfältig prüfen, ob der Berechtigte das Programm zur öffentlichen Zugänglichmachung freigegeben hat.

Fundstelle: WRP 2009, 1143; GRUR 2009, 864; BB 2009, 1761

3. MARKENRECHT**Beta Layout**

BGH, Urt. v. 22. Januar 2009 - I ZR 30/07 - OLG Düsseldorf; LG Düsseldorf
MarkenG § 5 Abs. 2, § 15 Abs. 2 und 4

Wird ein mit einem fremden Unternehmenskennzeichen übereinstimmender Begriff bei einer Internetsuchmaschine als sogenanntes Schlüsselwort (Key-word) angemeldet, so kann eine Verwechslungsgefahr zwischen dem Schlüsselwort und dem geschützten Kennzeichen zu verneinen sein, wenn bei Eingabe des Begriffs durch einen Internetnutzer auf der dann erscheinenden Internetseite rechts neben der Trefferliste unter einer Rubrik mit der Überschrift „Anzeigen“ eine Werbeanzeige des Anmelders des Schlüsselworts eingeblendet wird, in der das geschützte Zeichen selbst nicht verwendet wird.

Fundstelle: WRP 2009, 435; MitttdtschPatAnw 2009, 184; GRUR 2009, 500; MarkenR 2009, 210; MMR 2009, 329; K&R 2009, 326; CR 2009, 328; AfP 2009, 253; ZUM 2009, 562; NJW 2009, 2382; MDR 2009, 705

DeutschlandCard

BGH, Beschluss vom 22. Januar 2009 - I ZB 52/08 - Bundespatentgericht
MarkenG § 8 Abs. 2 Nr. 1

Dass eine Bezeichnung allgemein gehalten und deshalb mit einer gewissen begrifflichen Unbestimmtheit verbunden ist, steht der Feststellung, dass ihr als beschreibende Sachangabe die Unterscheidungskraft fehlt, nicht entgegen (hier: "Deutschland" als Angabe des Einsatzgebiets einer als „Deutschland-Card“ bezeichneten Ausweis-, Berechtigungs-, Kredit- oder Kundenkarte).

Fundstelle: WRP 2009, 960

My World

BGH, Beschl. vom 22. Januar 2009 - I ZB 34/08 - Bundespatentgericht

MarkenG § 8 Abs. 2 Nr. 1

a) Das Erfordernis einer strengen und umfassenden Prüfung der Schutzhindernisse nach § 8 Abs. 2 MarkenG bedeutet, dass nicht nur eine summarische Prüfung erfolgen darf, sondern alle Gesichtspunkte umfassend zu würdigen sind.

b) Die Wortfolge "My World" ist für eine Vielzahl der Waren der Klasse 16 (z.B. Druckereierzeugnisse, Zeitschriften, Bücher, Poster) und für eine Reihe von Dienstleistungen der Klasse 41 (etwa Veröffentlichung und Herausgabe von Druckereierzeugnissen, Dienstleistungen eines Ton- und Fernsehstudios, Produktion von Fernseh- und Rundfunksendungen) nicht unterscheidungskräftig i.S. von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG.

Fundstelle: WRP 2009, 963

Änderung der Voreinstellung II

BGH, Urteil vom 5. Februar 2009 - I ZR 119/06 - OLG Köln; LG Köln
UWG §§ 3, 4 Nr. 10

Wer den Auftrag eines Kunden, eine Telekommunikationsdienstleistung (hier: Voreinstellung des Telefonanschlusses) in der Weise zu erbringen, dass (auch) Telekommunikationsdienstleistungen eines anderen Anbieters in Anspruch genommen werden können, auftragswidrig bewusst so ausführt, dass nicht die Dienstleistungen des anderen Anbieters, sondern (nur) die eigenen in Anspruch genommen werden, behindert den Mitbewerber unlauter.

Fundstelle: WRP 2009, 1086; GRUR 2009, 876

UHU

BGH, Urteil vom 19. Februar 2009 - I ZR 195/06 - OLG Köln; LG Köln
MarkenG § 4 Nr. 2, § 8 Abs. 1; UWG §§ 3, 4 Nr. 9

a) Hat der Kläger sein Klagebegehren auf Ansprüche aus einem Markenrecht und aus ergänzendem wettbewerbsrechtlichem Leistungsschutz gestützt, kann das Berufungsgericht die Revision beschränkt auf die markenrechtlichen oder die wettbewerbsrechtlichen Ansprüche zulassen.

b) Eine Marke kraft Verkehrsgeltung nach § 4 Nr. 2 MarkenG braucht nicht graphisch darstellbar i.S. von § 8 Abs. 1 MarkenG zu sein.

c) Für die Marke kraft Verkehrsgeltung gilt das Gebot der Bestimmtheit. Bei einer als Marke kraft Verkehrsgeltung beanspruchten Farbkombination müssen die systematische Anordnung und das flächenmäßige Verhältnis der Farben klar und eindeutig bestimmt sein.

Fundstelle: GRUR 2009, 783; WRP 2009, 956; MarkenR 2009, 402; DB 2009, 1704; MitttdtschPatAnw 2009, 405

Kinder III

BGH, Beschluss vom 2. April 2009 - I ZB 94/06 - Bundespatentgericht
MarkenG § 8 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3, § 50 Abs. 2 Satz 1

a) Ein in der Art einer Dach- oder Zweitmarke verwandtes Zeichen kann auch als Teil einer komplexen Kennzeichnung oder in der Verwendung mit anderen Marken eine gewisse Selbständigkeit aufweisen und die Voraussetzungen der Verkehrsdurchsetzung i.S. von § 8 Abs. 3 MarkenG erfüllen.

b) Für die Verkehrsdurchsetzung eines graphisch und farblich gestalteten Wort-/Bildzeichens nach § 8 Abs. 3 MarkenG kann ein gegenüber dem reinen Wortzeichen geringerer Durchsetzungsgrund ausreichen.

Fundstelle: WRP 2009, 1250

Schuhverzierung

BGH, Beschluss vom 20. Mai 2009 - I ZB 53/08 - Bundespatentgericht
MarkenG § 8 Abs. 2 Nr. 10, § 83 Abs. 3 Nr. 3 und 6

Verneint das Bundespatentgericht eine bösgläubige Markenmeldung i.S. von § 8 Abs. 2 Nr. 10 MarkenG unter dem Gesichtspunkt der Störung des Besitzstands des Vorbenutzers, weil die Marke mit der vom Vorbenutzer verwendeten Bezeichnung weder identisch noch zum Verwechseln ähnlich ist, kann eine Verletzung des rechtlichen Gehörs mit der zulassungsfreien Rechtsbeschwerde nicht mit Erfolg mit der Begründung geltend gemacht werden, die für die Bösgläubigkeit sprechenden Indizien seien falsch gewichtet und die Würdigung des Bundespatentgerichts sei unzutreffend.

Fundstelle: WRP 2009, 1104

Vierlinden

BGH, Beschluss vom 20. Mai 2009 - I ZB 107/08 - Bundespatentgericht
MarkenG § 8 Abs. 2 Nr. 2, § 83 Abs. 3 Nr. 1 und 6

Im Rahmen der Prüfung des Schutzhindernisses nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ist die Beurteilung, ob eine zukünftige Verwendung einer geographischen Herkunftsangabe für eine bestimmte Warengruppe vernünftigerweise zu erwarten ist, grundsätzlich Sache der nationalen Gerichte. Allein aus dem Umstand, dass das Bundespatentgericht der Bekanntheit einer Ortsbezeichnung bei der Prüfung des Schutzhindernisses nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG im konkreten Fall ein anderes Gewicht beimisst als das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften, ohne ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften zu richten, folgt keine Verletzung des Grundsatzes des gesetzlichen Richters i.S. des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG.

Fundstelle: WRP 2009, 1102

4. WETTBEWERBSRECHT**Überregionaler Krankentransport**

BGH, Urteil vom 15. Januar 2009 - I ZR 141/06 - OLG Köln; LG Köln
UWG § 2 Abs. 1 Nr. 1, § 3, 4 Nr. 11; NRW RettG § 1 Abs. 2 Nr. 5, § 2 Abs. 2, §§ 18 ff., Bay RDG Art. 13 Abs. 2 Satz 1

a) Die Durchführung eines Krankentransports i.S. von § 2 Abs. 2 Rettungsgesetz Nordrhein-Westfalen (RettG NRW) durch einen privaten Unternehmer stellt sowohl eine Wettbewerbshandlung nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG 2004 als auch eine geschäftliche Handlung nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG 2008 dar.

b) In dem sich aus §§ 18 ff. RettG NRW ergebenden Verbot, Notfallrettung oder Krankentransporte ohne Genehmigung zu betreiben, liegt eine Marktverhaltensregelung zum Schutz der im Rahmen von Krankentransporten zu befördernden Personen.

c) Der Umstand, dass ein Unternehmer nach einer landesrechtlichen Vorschrift Krankentransporte auch dann durchführen darf, wenn allein der Zielort im Einsatzbereich seines Krankenwagens liegt, ändert nichts daran, dass der Unternehmer bei

einem in einem anderen Bundesland beginnenden Krankentransport (auch) die dort geltenden Genehmigungserfordernisse beachten muss. Die sich daraus ergebende Rechtswidrigkeit des Verhaltens kann aber die Annahme eines Bagatelverstoßes i.S. von § 3 UWG 2004, § 3 Abs. 1 UWG 2008 rechtfertigen.

Fundstelle: WRP 2009, 1089; GRUR 2009, 881

Fräsaautomat

BGH, Urteil vom 15. Januar 2009 - I ZR 123/06 - OLG Düsseldorf; LG Düsseldorf
UWG §§ 3, 4 Nr. 10

Weist ein Fachverband, dem Schlüsselhersteller als Mitglieder angehören, potentielle Abnehmer des Herstellers einer Maschine, mit der Schlüsselprofile gefräst werden können (Fräsaautomat), darauf hin, die Verwendung des Fräsaautomaten könne Patent- und Markenrechte seiner Mitglieder verletzen, so kann darin eine unlautere Mitbewerberbehinderung liegen, wenn mit dem Fräsaautomaten zwar in einem nennenswerten Umfang auch das Prägen nicht geschützter Profile möglich ist, der Hinweis wegen seines pauschalen Inhalts aber Interessenten dazu veranlassen kann, sicherheitshalber gleich von dem Erwerb der Maschine Abstand zu nehmen.

Fundstelle: WRP 2009, 1082; GRUR 2009, 878

Jeder 100. Einkauf gratis

BGH, Urteil vom 22. Januar 2009 - I ZR 31/06 - OLG Hamm; LG Essen
UWG §§ 3, 4 Nr. 1

Die Werbung, jeder 100. Kunde erhalte seinen Einkauf gratis, stellt keine unangemessene unsachliche Beeinflussung des Durchschnittsverbrauchers dar, weil die Rationalität seiner Kaufentscheidung auch dann nicht völlig in den Hintergrund tritt, wenn er im Hinblick auf die angekündigte Chance eines Gratiseneinkaufs möglichst viel einkauft.

Fundstelle: WRP 2009, 950; GRUR 2009, 875; NJW 2009, 2749; BB 2009, 1593

Thermoroll

BGH, Urteil vom 26. Februar 2009 - I ZR 219/06 - OLG Karlsruhe; LG Mannheim
UWG §§ 3, 5

a) Die wettbewerbliche Relevanz ist ein dem Irreführungstatbestand immanentes Erheblichkeitserfordernis, das eine zusätzliche Erheblichkeitsprüfung nach § 3 UWG ausschließt.

b) Wer ein Zeichen mit dem Zusatz ® verwendet, ohne Inhaber dieser Marke oder einer Lizenz an dieser Marke zu sein, führt den Verkehr regelmäßig in wettbewerblich relevanter Weise irre. Etwas anderes kann gelten, wenn der Betreffende Inhaber einer ähnlichen Marke ist und die Verwendung des Zeichens eine rechtserhaltende Benutzung dieser Marke darstellt.

Fundstelle: WRP 2009, 1080; GRUR 2009, 888; NJW 2009, 2747

Dr. Clauder's Hufpflege

BGH, Urteil vom 26. Februar 2009 - I ZR 163/06 - LG Darmstadt; AG Seligenstadt
PangV § 1 Abs. 1 Satz 1, Abs. 6, § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2, § 4 Abs. 4

a) Im Rahmen der Preisangabenverordnung stellt die Werbung im Verhältnis zum Angebot kein Aliud, sondern ein Minus im Sinne einer Vorstufe dar.

b) Der Grundpreis ist dann i.S. des § 2 Abs. 1 Satz 1 PangV in unmittelbarer Nähe des Endpreises angegeben, wenn beide Preise auf einen Blick wahrgenommen werden können (Abgrenzung gegenüber BGH GRUR 2003, 889, 890 - Internet-Reservierungssystem und BGH GRUR 2008, 84 Tz. 29 und 31 - Versandkosten).

c) Die Regelung in § 4 Abs. 4 PangV über die Preisauszeichnung bei Waren, die nach Katalogen oder Warenlisten oder auf Bildschirmen angeboten werden, kann nicht auf die bereits bei der Werbung bestehende Verpflichtung zur Angabe des Grundpreises gemäß § 2 PangV übertragen werden.

Geld-zurück-Garantie II

BGH, Urteil vom 11. März 2009 - I ZR 194/06 - OLG München; LG München I
UWG (2008) § 4 Nr. 4; UWG (2004) § 12 Abs. 1

a) Die Vorschrift des § 4 Nr. 4 UWG ist mit der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken vereinbar.

b) Bei Verkaufsförderungsmaßnahmen muss der Verbraucher Gelegenheit haben, sich vor der Kaufentscheidung über zeitli-

che Befristungen der Aktion, über eventuelle Beschränkungen des Teilnehmerkreises, über Mindest- oder Maximalabnahmemengen sowie über mögliche weitere Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Verkaufsförderungsmaßnahme zu informieren.

c) In der Fernsehwerbung kann es genügen, die Bedingungen der Inanspruchnahme einer Verkaufsförderungsmaßnahme nicht vollständig zu nennen, sondern insoweit auf eine Internetseite zu verweisen; der Hinweis muss so gestaltet sein, dass er vom Verbraucher ohne Schwierigkeiten erfasst werden kann.

Die von einem Wettbewerbsverband geltend gemachte Kostenpauschale wird auch für eine Abmahnung geschuldet, die nur teilweise berechtigt ist.

Knoblauchwürste

BGH, Urteil vom 2. April 2009 - I ZR 144/06 - OLG Köln; LG Köln
UWG § 4 Nr. 9 lit. a

Im Rahmen des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes spricht eine unterschiedliche Herstellerangabe in der Regel gegen eine Herkunftstäuschung im weiteren Sinne. Dagegen räumt eine Handelsmarke auf dem nachgeahmten Produkt die Gefahr der Herkunftstäuschung nicht notwendig aus; dies setzt indessen voraus, dass der Verkehr die Handelsmarke als solche erkennt.

Auskunft der IHK

BGH, Urteil vom 22. April 2009 - I ZR 176/06 - OLG Hamm; LG Münster
UWG §§ 3, 8 Abs. 2

Ein Hoheitsträger, der einerseits Prüfungen abnimmt und andererseits auf erwerbswirtschaftlicher Grundlage Lehrgänge zu deren Vorbereitung anbietet, handelt unter dem Gesichtspunkt der missbräuchlichen Ausnutzung einer amtlichen Stellung wettbewerbswidrig, wenn er gegenüber einem Prüfungsbewerber, den er über sein eigenes Leistungsangebot informiert und der sich daraufhin nach Konkurrenzangeboten erkundigt, erklärt, er wisse von keinen weiteren Angeboten, obwohl ihn der private Wettbewerber über sein Angebot informiert hat. Auf die Unwissenheit des jewei-

ligen Mitarbeiters kann sich der Hoheits-träger nicht stützen.

Lorch Premium II

BGH, Urteil vom 30. April 2009 - I ZR 45/07 - OLG Zweibrücken; LG Landau UWG § 4 Nr. 11; EG-WeinMO 1999 Art. 47, Art. 48; EG-WeinBezV Art. 6 Abs. 1

a) Bei den Weinbezeichnungsvorschriften der EG-Weinmarktordnung und der EG-Weinbezeichnungsverordnung handelt es sich um gesetzliche Vorschriften im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG, die dazu bestimmt sind, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.

b) Zur Bezeichnung eines Weines dürfen nach Art. 47 Abs. 2 lit. c, Anhang VII Abschn. B Nr. 3 EG-WeinMO 1999 auch Angaben über die Qualität des Weines verwendet werden, die nicht ausdrücklich vorgeschrieben (Art. 47 Abs. 2 lit. a, Anhang VII Abschn. A Nr. 1 EG-WeinMO 1999) oder freigestellt (Art. 47 Abs. 2 lit. b, Anhang VII Abschn. B Nr. 1 EG-WeinMO 1999) sind, sofern sie nicht nach Art. 48 EG-WeinMO 1999 und Art. 6 Abs. 1 EG-WeinBezV irreführend sind.

Fundstelle: WRP 2009, 1235

Die clevere Alternative

BGH, Urteil vom 14. Mai 2009 - I ZR 179/07 - OLG München; LG München I GewO § 34 Abs. 4; UWG § 4 Nr. 11; GewO § 34 Abs. 4; GewO § 34 Abs. 4; GG Art. 12

Das Verbot des Rückkaufhandels in § 34 Abs. 4 GewO ist i.S. des § 4 Nr. 11 UWG dazu bestimmt, das Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer zu regeln. Es richtet sich nicht nur an Pfandleiher, sondern an jedermann.

Für die Beurteilung der Frage, ob ein Geschäftsmodell vom Verbot des § 34 Abs. 4 GewO erfasst wird, ist die wirtschaftliche Bedeutung des Geschäfts maßgeblich und daher zu prüfen, ob der Sache nach gewerbsmäßig durch Pfandrechte an beweglichen Sachen gesicherte Darlehen gegeben werden. Das Verbot des § 34 Abs. 4 GewO erfasst alle vertraglichen Gestaltungen, bei denen der Verkäufer dem gewerblich handelnden Käufer das Eigentum an einer beweglichen Sache überträgt und sich dieses durch Rückzahlung des Kaufpreises und Erbringung einer weiteren vertraglich ver-

einbarten Leistung als Entgelt für die Überlassung des Kapitals und/oder den Verwaltungsaufwand des Käufers wieder verschaffen kann, die über einen Nutzungersatz (vgl. § 346 Abs. 1, § 347 Abs. 1 Satz 1 BGB) hinausgeht.

Das Verbot des § 34 Abs. 4 GewO stellt im Blick auf Art. 12 GG eine nicht unverhältnismäßige Regelung der Berufsausübung dar.

Fundstelle: GRUR 2009, 886

E-Mail-Werbung II

BGH, Beschluss vom 20. Mai 2009 - I ZR 218/07 - OLG Frankfurt/Main; LG Frankfurt/Main

UWG § 8 Abs. 3 Nr. 1; BGB § 823 Abs. 1 Ai, § 1004 Abs. 1 Satz 2

Bereits die einmalige unverlangte Zusendung einer E-Mail mit Werbung kann einen rechtswidrigen Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellen.

Fundstelle: WRP 2009, 1246; BB 2009, 1929

Versicherungsberater

BGH, Urteil vom 20. Mai 2009 - I ZR 220/06 - OLG München; LG München I UWG 2004 § 4 Nr. 11, § 5 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 3; RBERG Art. 1 § 1 Abs. 1

Die Bezeichnung "(Vorsorge- und) Versicherungsberater" war im Jahr 2005 weder durch das Rechtsberatungsgesetz noch durch ein anderes Gesetz geschützt und, soweit sie für Mitarbeiter einer Versicherung verwendet wurde, auch nicht irreführend.

Fundstelle: WRP 2009, 1095; WM 2009, 1770

Winteraktion

BGH, Urteil vom 2. Juli 2009 - I ZR 147/06 - OLG Köln; LG Bonn UWG §§ 3, 4 Nr. 1

Eine Werbung für die Vermittlung des Erwerbs einer Vorratsgesellschaft, bei der den als Vermittlern angesprochenen Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern für die Vermittlung die Teilnahme an einem Gewinnspiel mit einem attraktiven Gewinn (hier: Smart-Cabriolet)

angeboten wird, ist unlauter i.S. von §§ 3, 4 Nr. 1 UWG.

Fundstelle: BB 2009, 1929

Brillenversorgung

BGH, Urteil vom 9. Juli 2009 - I ZR 13/07 - OLG Celle; LG Hannover UWG § 4 Nr. 11; Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken Art. 3 Abs. 8; MBO-Ä 1997 Kap. B § 3 Abs. 2, § 34 Abs. 5

Allein der Wunsch des Patienten, sämtliche Leistungen aus einer Hand zu erhalten, reicht nicht aus, um eine Verweisung an einen bestimmten Optiker sowie eine Abgabe und Anpassung der Brille durch den Augenarzt zu rechtfertigen.

Fundstelle: WRP 2009, 1076

Betriebsbeobachtung

BGH, Urteil vom 16. Juli 2009 - I ZR 56/07 - OLG Celle; LG Verden UWG § 4 Nr. 10

Das Ausspähen von Geschäftsgeheimnissen eines Mitbewerbers kann eine nach § 4 Nr. 10 UWG unlautere Behinderung dieses Mitbewerbers darstellen.

5. KARTELLRECHT

Entega

BGH, Urteil vom 23. Juni 2009 - KZR 21/08 - OLG Frankfurt/Main; LG Frankfurt/Main GWB § 19 Abs. 1, 4 Nr. 3, § 36 Abs. 2

a) Wird ein abhängiges Unternehmen i.S. des § 17 AktG wegen missbräuchlicher Preisspaltung zivilrechtlich in Anspruch genommen, sind ihm für die Anwendung von § 19 Abs. 1 und 4 GWB die Kenntnisse seiner Mutter- und Schwestergesellschaften zuzurechnen.

b) Die Verbundklausel des § 36 Abs. 2 GWB gilt nicht nur für die Fusionskontrolle, sondern für den gesamten Anwendungsbe- reich des Gesetzes gegen Wettbewerbsbe- schränkungen.

6. SONSTIGES

Metropolol

BGH, Urteil vom 5. Februar 2009 - I ZR 124/07 - OLG Hamburg; LG Hamburg ArzneimittelG (2005) § 10 Abs. 1 Satz 4 Auf der äußeren Umhüllung eines Arznei- mittels können im Rahmen der weiteren Angaben i.S. des § 10 Abs. 1 Satz 4 AMG einzelne Anwendungsgebiete angegeben werden. Dabei können statt der im Zulas- sungsbescheid gebrauchten Fachbegriffe im selben Sinne gebräuchliche umgangs- sprachliche Begriffe verwendet werden (Ergänzung zu BGH, Urte. v. 13.3.2008 - I ZR 95/05, GRUR 2008, 1014 Tz. 24 = WRP 2008, 1335 - Amlodipin).

Fundstelle: WRP 2009, 1098

Ohrclips

BGH, Urte. v. 4. Dezember 2008 - I ZR 3/06 - OLG Frankfurt a.M.; LG Frankfurt a.M. MarkenG § 14 Abs. 2 Nr. 1; UWG § 2 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2, § 6 Abs. 1 und 2 Nr. 4; BGB § 823 Abs. 1 Ag, § 826 Gd

a) Ob ein Anbieter von Waren auf einer Internet-Plattform im geschäftlichen Ver- kehr oder im privaten Bereich handelt, ist aufgrund einer Gesamtschau der relevan- ten Umstände zu beurteilen. Dazu können wiederholte, gleichartige Angebote, gege- benenfalls auch von neuen Gegenständen, Angebote erst kurz zuvor erworbener Wa- ren, eine ansonsten gewerbliche Tätigkeit des Anbieters, häufige sogenannte Feed- backs und Verkaufsaktivitäten für Dritte rechnen.

b) Die Wendung "a la Cartier" in einem Verkaufsangebot für Schmuckstücke von Drittunternehmen ist eine unlautere ver- gleichende Werbung.

c) Allgemeine zivilrechtliche Bestimmungen können zum Markenschutz nur ergänzend herangezogen werden, wenn der Schutz nach dem Markengesetz versagt. Davon ist im Regelfall nicht schon dann auszugehen, wenn eine bekannte oder berühmte Marke außerhalb des geschäftlichen Verkehrs auf einer Internet-Plattform Verwendung fin- det.

Fundstelle: K&R 2009, 467; WRP 2009, 967; MMR 2009, 538; MarkenR 2009, 390, MDR 2009, 993; GRUR 2009, 871

III. BUNDESPATENTGERICHT

zusammengestellt von *Laura Zentner*

1. PATENT- UND GEBRAUCHSMUSTERRECHT

Heizungsanlage

BPatG v. 05.03.2009 - 12 W (pat) 348/03
 PatG §§ 3, 31, 32, 50, 58, 59;
 GebrMG § 8

Eine nationale Patentanmeldung mit älterem Zeitrang gilt nur dann als Stand der Technik nach PatG § 3 Abs. 2, wenn sie im Rahmen des Anmeldeverfahrens der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird, sei es nach PatG § 31 Abs. 2 i. V. m. § 32 Abs. 5, sei es nach PatG § 58 Abs. 1. Es genügt nicht, wenn der Inhalt der älteren Anmeldung im Verfahren eines aus der älteren Anmeldung abgezwigten Gebrauchsmusters der Öffentlichkeit zugänglich wird.

Umfang der Akteneinsicht

BPatG v. 23.04.2009 - 3 ZA (pat) 89/08 zu 3 Ni 50/08 (EU)
 PatG § 99 Abs. 3 Satz 3

1. Wird durch die Akteneinsicht Einblick in Informationen vermittelt, die keinen sachlichen Bezug zu dem Streitpatent aufweisen oder jedenfalls für die Beurteilung seiner Rechtsbeständigkeit nicht relevant sind, begründet dies für sich allein kein schutzwürdiges Interesse an ihrer Geheimhaltung.
2. Auch Akteile, die einen Vergleich betreffen, sind von der grundsätzlich freien Akteneinsicht nur dann auszunehmen, wenn sie vertraulichen Inhalt haben.

Kugelgelenk

BPatG v. 28.04.2009 - 6 W (pat) 330/05
 PatG § 21 Abs. 1 Nr. 3, § 61 Abs. 1 Satz 2, § 46 Abs. 1

Die Rücknahme des zulässigen einzigen Einspruchs beendet entgegen dem Wortlaut des § 61 Abs. 1 Satz 2 PatG das Einspruchsverfahren, wenn dieser Einspruch ausschließlich auf den Einspruchsgrund der widerrechtlichen Entnahme gestützt war und das Streitpatent auf den Einsprechenen übertragen worden ist.

Die Beendigung des Einspruchsverfahrens ist aus Gründen der Rechtssicherheit durch Beschluss festzustellen.

Montageanlage

BPatG v. 28.04.2009 - 1 Ni 23/07
 PatG §§ 30 Abs. 3 Satz 2, 81 Abs. 1 Satz 2;
 ZPO § 242 BGB § 265 Abs. 2 Satz 1

Verteidigt im Nichtigkeitsverfahren der nach §§ 81 Abs. 1 Satz 2, 30 Abs. 3 Satz 2 PatG passiv legitimierte Beklagte das Streitpatent mit der dem Kläger im Verhältnis zu der Patentinhaberin obliegenden Nichtangriffspflicht, so ist diese jedenfalls dann beachtlich und die Klage als unzulässig abzuweisen, wenn die Patentinhaberin bereits im Zeitpunkt der Klageerhebung materiell Berechtigte war.

Iodosulfuron

BPatG v. 29.04.2009 - 3 Ni 16/08
 VO (EG) Nr. 1610/96 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.7.1996 über die Schaffung eines ergänzenden Schutzzertifikats für Pflanzenschutzmittel Art. 3 Abs. 1 Buchstabe b, Art. 13 Abs. 3, Art. 15 Abs. 1 Buchstabe a);
 PatG §§ 16a, 81

Dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften wird zur Auslegung von Art. 3 Abs. 1 Buchst. b) der Verordnung (EG) Nr. 1610/96 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 1996 über die Schaffung eines ergänzenden Schutzzertifikats für Pflanzenschutzmittel (ABl. Nr. L 198 vom 8. August 1996) folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:
 Kommt es für die Anwendung des Art. 3 Abs. 1 Buchst. b) VO ausschließlich auf eine Genehmigung für das Inverkehrbringen gemäß Art. 4 der Richtlinie 91/414/EWG an oder kann ein Zertifikat auch aufgrund einer Genehmigung für das Inverkehrbringen gemäß Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 91/414/EWG erteilt werden?

Fehlerhafter Zurückweisungsbeschluss

BPatG v. 05.05.2009 - 23 W (pat) 54/08
 PatG § 48 S. 1, § 45 Abs. 1, § 34 Abs. 5, § 79 Abs. 3, § 80 Abs. 3

Ein Zurückweisungsbeschluss aufgrund fehlender Einheitlichkeit gemäß § 34 Abs. 5 PatG ist sachlich falsch, wenn die Patentanmelderin im Prüfungsverfahren eindeutig zum Ausdruck gebracht hat, welcher der beiden im vorangegangenen, einzigen Prüfungsbescheid als uneinheitlich aufgezeigten Gegenstände in der Anmeldung verbleiben soll.

Computersystem

BPatG v. 28.05.2009 - 17 W (pat) 123/05

Die Erteilung eines Patents, dessen Lehre der Informationsbeschaffung mittels eines Computersystems dient, kommt somit nur dann in Betracht, wenn der Patentanspruch über den Vorschlag hinaus, ein Computersystem als Mittel zur Erfassung, Speicherung, Anzeige bzw. Ausgabe von gewünschter Information einzusetzen, weitere Anweisungen enthält, denen ein konkretes technisches Problem zugrunde liegt, sodass eine Aussage darüber möglich ist, ob eine Bereicherung der Technik vorliegt.

Merkmalsanalyse

BPatG v. 28.05.2009 - 21 W (pat) 315/08

Ein Einspruch ist unzulässig, wenn bei einer Merkmalsanalyse des angegriffenen Patentanspruchs ein wesentliches Merkmal nicht berücksichtigt wird und nicht dargelegt wird, warum dieses Merkmal keinen Eingang in die Merkmalsanalyse gefunden hat bzw. bei der Lehre des angegriffenen Patents keine Rolle spielt.

Kostenverteilung aus Billigkeitsgründen

BPatG v. 02.06.2009 - 3 Ni 31/06 (EU)
 PatG § 84 Abs. 2 Satz 2;
 ZPO § 269 Abs. 3 Satz 2

Der Grundsatz, dass ein auf die Nichtigerklärung des Streitpatents in einer bestimmten beschränkten Fassung der Patentansprüche gerichteter Klageantrag nicht zulässig ist (BGH GRUR 1997, 272 - Schwenkhebelverschluss), kann eine von der Kostenlast des § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO abweichende Kostenverteilung aus Billigkeitsgründen rechtfertigen, wenn die

Klage zurückgenommen wird, nachdem der Beklagte das Streitpatent entsprechend dem ursprünglichen (unzulässigen) Klageantrag beschränkt hat.

Hat das Streitpatent dagegen mangels entsprechender Selbstbeschränkung unverändert Bestand, bleibt es in dem Fall der Klagerücknahme bei der Kostenfolge des § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO (Abgrenzung zu BPatG GRUR 2009, 145 - Ionenaustauschverfahren).

Musikautomat

BPatG v. 15.06.2009 - 19 W (pat) 301/09

Eine Lehre, die Flächen eines Gehäuses eines geldbetätigten Musikautomaten als Werbeflächen zu verwenden, liegt nicht auf technischem Gebiet.

Mobilfunknetzwerk

BPatG v. 16.06.2009 - 10 W (pat) 43/07
 PatG § 35 Abs. 1 S. 1, § 35 Abs. 2 S. 2

Dass Zeichnungen nicht zu den Erfordernissen gehören, die für die Begründung des Anmeldetags erforderlich sind, lässt nicht zwingend den Schluss zu, fremdsprachige Zeichnungsbeschriftungen von dem Übersetzungserfordernis des § 35 Abs. 1 Satz 1 PatG auszunehmen.

Grenzen der Amtsermittlung

BPatG v. 25.06.2009 - 15 W (pat) 322/05

Nimmt eine Einsprechende ihren Einspruch zurück und hat sich dieser auf Tatsachen gestützt, die allein dem Wahrnehmungsbereich dieser Einsprechenden zuzuordnen sind, so findet die Amtsermittlung ihre Grenze aber dort, wo von vorneherein nur eine geringe Aussicht auf eine umfassende Sachaufklärung besteht, denn der zu erwartende Erfolg steht sodann außer Verhältnis zum Umfang der durchzuführenden Ermittlungen.

Inlandsvertreter

BPatG v. 02.07.2009 - 35 W (pat) 17/06

Zur Unvereinbarkeit von § 28 Abs. 2 S. 2 GebrMG mit der von Art. 49 EG-Vertrag gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit.

Vgl. hierzu *Schrader*, GB 2009, 180 ff.

Unausführbarkeit

BPatG v. 06.07.2009 - 20 W (pat) 354/04

Eine Lehre, die für den Durchschnittsfachmann einen unlösbaren Widerspruch offenbart, ist nicht ausführbar.

Radauswuchtmaschine

BPatG v. 27.07.2009 - 21 W (pat) 301/08
PatG §§ 59, 61, 81 Abs. 2;
VwGO § 113 Abs. 1 S. 4

1. Erlischt ein Patent während des Einspruchsverfahrens und macht der Einsprechende kein eigenes Rechtsschutzbedürfnis für einen rückwirkenden Widerruf geltend, ist der Einspruch weder unzulässig geworden noch ist das Einspruchsverfahren von Amts wegen fortzuführen.

2. Das Einspruchsverfahren ist in diesem Fall in der Hauptsache erledigt.

3. Die Erledigung ist aus Gründen der Rechtssicherheit in einem Beschluss auszusprechen, der der formellen Rechtskraft - im Verfahren vor dem Deutschen Patent- und Markenamt der formellen Bestandskraft - fähig ist. Sie kann nicht im Wege eines Aktenvermerks durch den Rechtspfleger festgestellt werden.

(im Anschluss an BGH GRUR 1997, 615 ff. - Vornapf; 14. Senat, Beschluss vom 26. November 2008, 14 W (pat) 340/04; 9. Senat, Beschluss vom 28. April 2008, 9 W (pat) 314/05; entgegen 20. Senat, Beschluss vom 19. November 2008, GRUR 2009, 612 - Auslösevorrichtung; 12. Senat, Beschluss vom 19. Januar 2009, 12 W (pat) 366/03; Beschluss vom 19. Februar 2009, 12 W (pat) 355/04; Beschluss vom 3. März 2009, 12 W (pat) 323/03; Beschluss vom 5. März 2009, 12 W (pat) 21/04; 9. Senat, Beschluss vom 9. März 2009, 9 W (pat) 405/04).

Erbengemeinschaft

BPatG v. 05.08.2009 - 3 Ni 39/07

Zur Fortführung eines Nichtigkeitsverfahrens durch die Erbengemeinschaft des verstorbenen Patentinhabers als Erblasser.

Augenbestrahlung

BPatG v. 06.08.2009 - 10 W (pat) 10/07
PatG § 39

Auch nach dem Wegfall der Möglichkeit zur Teilung des Patents im Einspruchsverfahren (§ 60 PatG a. F.) gelten die Grundsätze der BGH-Entscheidung "Graustufenbild" (GRUR 2000, 688) unverändert weiter, d. h. eine Patentanmeldung kann noch nach dem Erlass des Erteilungsbeschlusses innerhalb der Beschwerdefrist geteilt werden.

2. MARKEN- UND KENNZEICHENRECHT

Portraitfoto Marlene Dietrich II

BPatG v. 13.05.2009 - 29 W (pat) 147/03
MarkenG § 8 II Nr. 1; § 73 Abs. 1;
VwGO § 81 Abs. 1 Satz 1 letzter Halbsatz i. V. m. § 86 Abs. 1, 2. Halbsatz

1. Zur Frage, inwieweit bei Merchandisingartikeln es bei einem Portraitfoto einer bekannten (verstorbenen) Person zur Bejahung der Unterscheidungskraft nicht auf die Art und Weise einer möglichen oder marktüblichen tatsächlichen Anbringung des Bildes auf entsprechenden Waren ankommen kann, sondern allein auf die Eintragung im Register (BGH GRUR 2006, 766 - Stofffähnchen). Bei solchen Zeichen ist zu unterscheiden zwischen der Anmeldung als Bildmarke oder als Positionsmarke (zur weiteren Klärung von BGH I ZB 21/06 vom 24. April 2008, GRUR 2008, 1093; MarkenR 2008, 499; im Anschluss an 29 W (pat) 85/07, Beschluss vom 5. Nov. 2008 - TOOOR!).

2. Zur Grenze der Amtsermittlung bei der Feststellung von fehlenden Belegen für Feststellungen zur Üblichkeit von Zeichen im beanspruchten Warensegment einerseits und zur Mitwirkungspflicht der Partei andererseits.

Katheternavigation

BPatG v. 26.05.2009 - 21 W (pat) 45/06
PatG § 2a Abs. 1 Nr. 2, § 48;
PatG a. F. § 5 Abs. 2

Bei einem Verfahren zur Bildgebung und Navigation eines medizinischen Instruments in einem menschlichen oder tierischen Körper handelt es sich zumindest dann um ein unter das Patentierungsverbot des § 2a Abs. 1 Nr. 2 PatG fallendes Verfahren zur chirurgischen Behandlung des menschlichen oder tierischen Körpers, wenn dabei als ein zwingender Verfahrensschritt invasiv ein medizinisches Instrument, z. B. ein Katheter eingeführt wird.

ALLFUEL

BPatG v. 28.05.2009 - 28 W (pat) 61/09
MarkenG § 8 Abs. 2 Nr. 1, § 8 Abs. 2 Nr. 2

Die angemeldete Marke "ALLFUEL" ist zu unbestimmt, um im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren der Klassen 7, 11 und 17 als Merkmalsbeschreibung dienen zu können. Die konkrete Kombination der beiden Wortbestandteile führt zu einem Kunstbegriff mit lediglich andeutendem Aussagegehalt, der allenfalls vage und unspezifische Assoziation weckt. Daher unterliegt die Wortzusammensetzung keinem Freihaltungsbedürfnis und besitzt die erforderliche Unterscheidungskraft.

Parallelverfahren: 28 W (pat) 7/09, 28 W (pat) 9/09 und 28 W (pat) 10/09

ALLPETRO

BPatG v. 28.05.2009 - 28 W (pat) 7/09
MarkenG § 8 Abs. 2 Nr. 1, § 8 Abs. 2 Nr. 2

Die angemeldete Marke "ALLPETRO" ist zu unbestimmt, um im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren der Klassen 7, 11 und 17 als Merkmalsbeschreibung dienen zu können. Die konkrete Kombination der beiden Wortbestandteile führt zu einem Kunstbegriff mit letztlich sinnwidrigem Aussagegehalt, der allenfalls vage und unspezifische Assoziation weckt. Daher unterliegt die Wortzusammensetzung keinem Freihaltungsbedürfnis und besitzt die erforderliche Unterscheidungskraft.

Parallelverfahren: 28 W (pat) 9/09, 28 W (pat) 10/09 und 28 W (pat) 61/09

ALLWASTE

BPatG v. 28.05.2009 - 28 W (pat) 9/09
MarkenG § 8 Abs. 2 Nr. 1, § 8 Abs. 2 Nr. 2

Die angemeldete Marke "ALLWASTE" ist zu unbestimmt, um im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren der Klassen 7, 11 und 17 als Merkmalsbeschreibung dienen zu können. Die konkrete Kombination der beiden Wortbestandteile führt zu einem Kunstbegriff mit lediglich andeutendem Aussagegehalt, der allenfalls vage und unspezifische Assoziation weckt. Daher unterliegt die Wortzusammensetzung keinem Freihaltungsbedürfnis und besitzt die erforderliche Unterscheidungskraft.

Parallelverfahren: 28 W (pat) 7/09, 28 W (pat) 10/09 und 28 W (pat) 61/09.

MitttdtschPatAnw 2009, S. 406-407 (red. Leitsatz und Gründe)

ALLMOVE

BPatG v. 28.05.2009 - 28 W (pat) 10/09
MarkenG § 8 Abs. 2 Nr. 1, § 8 Abs. 2 Nr. 2

Die angemeldete Marke "ALLMOVE" ist zu unbestimmt, um im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren der Klassen 7, 11 und 17 als Merkmalsbeschreibung dienen zu können. Die konkrete Kombination der beiden Wortbestandteile führt zu einem Kunstbegriff mit lediglich andeutendem Aussagegehalt, der allenfalls vage und unspezifische Assoziation weckt. Daher unterliegt die Wortzusammensetzung keinem Freihaltungsbedürfnis und besitzt die erforderliche Unterscheidungskraft.

Parallelverfahren: 28 W (pat) 7/09, 28 W (pat) 9/09 und 28 W (pat) 61/09

Wall Street Radar

BPatG v. 04.06.2009 - 27 W (pat) 27/09
MarkenG § 8 Abs. 2 Nr. 1, § 59 Abs. 2, § 70 Abs. 3 Nr. 2

1. Durch die Anhörung im Beschwerdeverfahren ist der Verfahrensmangel der Verletzung des rechtlichen Gehörs geheilt, so dass eine Zurückverweisung an das Deutsche Patent- und Markenamt aus prozessökonomischen Gründen nicht angezeigt ist.
2. Aufgrund ihres beschreibenden Begriffsinhalts fehlt der angemeldeten Wortfolge "Wall Street Radar" die erforderliche Unterscheidungskraft. In Bezug auf sämtliche beanspruchten Dienstleistungen der Klas-

sen 38 und 42 enthält die Anmeldemarke einen beschreibenden Sachhinweis auf deren Inhalt und Thema.

Schokolademädels

BPatG v. 15.06.2009 - 27 W (pat) 89/09
MarkenG § 9

Die Kennzeichnungskraft einer Bildmarke ist unterdurchschnittlich, wenn es sich bei der Abbildung um einen bekanntes Gemälde handelt, das vielfältig von Dritten verwendet wird.

BSA

BPatG v. 15.06.2009 - 27 W (pat) 115/09
MarkenG § 8 Abs. 2 Nr. 6, § 8 Abs. 4

1. Anders als bei der Verwendung der Bundesfarben, die als solche kein Hoheitszeichen i. S. v. § 8 Abs. 2 Nr. 6 MarkenG sind, als bloßes Gestaltungs- oder Dekorationsmerkmal, wie in D-Info (vgl. BPatG GRUR 2005, 679) oder Bodensee-Arena (vgl. BPatG 32 W (pat) 11/01), führt die Aufnahme der wesentlichen heraldischen Merkmale der Bundesflagge als Bestandteil einer Kombinationsmarke zu dem Ausschluss von der Eintragung als Marke (im Anschluss an EuG, Urteil vom 21.04.2004, T-127/02, GRUR 2004, 773).

2. Dies gilt auch, wenn nicht nur die wesentlichen heraldischen Merkmale der Bundesflagge, sondern auch diejenigen der Europaflagge nachgeahmt werden und beide Nachahmungen zwar ineinander zu einem einheitlichen Bild zusammengeführt werden, aber die einzelnen Flaggen als solche ohne Mühe erkennbar bleiben.

Schultütenspitze

BPatG v. 26.06.2009 - 29 W (pat) 19/08
MarkenG § 8 Abs. 2 Nr. 1, 2, §§ 33 Abs. 1, 2, 32 Abs. 2, 36 Abs. 1 Nr. 1, 36 Abs. 2

Zu den Voraussetzungen der Anmeldung einer Positionsmarke (§§ 6 Nr. 6, 12 Abs. 3 MarkenV), sowie zur Beanstandungspflicht des DPMA gemäß § 36 Abs. 2 i. V. m. §§ 33 Abs. 1 und 2, 32 Abs. 2, 36 Abs. 1 Nr. 1, 36 Abs. 2 MarkenG unter Verschiebung des Anmeldetags (vgl. BPatG GRUR 2007, 63 - KielNET).

Tourer

BPatG v. 01.07.2009 - 28 W (pat) 41/09
MarkenG § 8 Abs. 2 Nr. 1, § 8 Abs. 2 Nr. 2

Die angemeldete Marke "Tourer" erschöpft sich in einer unzweideutigen, produktbeschreibenden Aussage über die Beschaffenheit bzw. den Bestimmungszweck der beanspruchten "Fahrräder und deren Teile". Daher unterliegt die Anmeldemarke einem Freihaltungsbedürfnis und entbehrt der erforderlichen Unterscheidungskraft.

IDW-Informationsdienst Wissenschaft

BPatG v. 13.07.2009 - 27 W (pat) 19/09
MarkenG § 9

Wirkt eine in eine jüngere Marke übernommene Buchstabenfolge dort als Akronym der weiteren Zeichenbestandteile, besteht eine assoziative Verwechslungsgefahr mit der älteren Marke, die nur aus der Buchstabenfolge oder zusätzlich glatt beschreibenden Bestandteilen besteht, die kein anderes Verständnis des Akronyms nahelegen.

SBA International

BPatG v. 21.07.2009 - 24 W (pat) 22/09
MarkenG § 63 Abs. 1 S. 1

Zur Kostenauflegung im Widerspruchsverfahren in Fällen, in denen der Inhaber der angegriffenen Marke vor Ablauf der Widerspruchsfrist auf eine eindeutig wechselbare ältere Marke hingewiesen worden ist, zwischen den Verfahrensbeteiligten gleichzeitig aber noch das Bestehen älterer Rechte an dem betreffenden Zeichen nach § 5 MarkenG streitbefangen ist.

ID

BPatG v. 05.08.2009 - 28 W (pat) 103/08
MarkenG § 8 Abs. 2 Nr. 1

1. Der Prüfungsmaßstab zur Beurteilung der erforderlichen Unterscheidungskraft wird maßgeblich davon bestimmt, dass dieser Rechtsbegriff ausschließlich herkunftsbezogen zu definieren ist und die Herkunftsfunktion einer Marke neben an-

deren möglichen Funktionen stets im Vordergrund stehen muss.

2. Für eine Zurückweisung nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist es nicht erforderlich, dass ein Zeichen aus Begriffen besteht, mit denen die fraglichen Waren oder Dienstleistungen direkt bezeichnet bzw. ihre Merkmale direkt beschrieben werden.

IV. INSTANZGERICHTE

zusammengestellt von
Tina Berger und Steffen Eisenschmidt

1. PATENTRECHT / GEBRAUCHSMUSTERRECHT

OLG Karlsruhe: Zu den Prüfpflichten eines Patentanwalts bei paralleler Schutzrechtsanmeldung im Ausland

Urt. v. 08. April 2009
- 6 U 222/07 -
EPÜ Art. 87 Abs. 1

1. Ein Patentanwalt, der mit der Anmeldung eines Gebrauchsmusters beauftragt ist und Kenntnis davon hat, dass im Ausland eine parallele Schutzrechtsanmeldung des Mandanten vorbereitet wird, ist gehalten zu klären, ob die Anmeldung erfolgt ist und auf eine positive Antwort hin die Priorität dieser Anmeldung in Anspruch zu nehmen.

2. Zweck dieser Pflicht ist es zu verhindern, dass dem Gebrauchsmuster auf Grund von Beschreibungen oder Benutzungen, die in der Zeit zwischen den Anmeldungen öffentlich zugänglich geworden sind, der Schutz versagt bleibt. Sie hat dagegen nicht den Zweck, einen später mit weiteren Folgeanmeldungen betrauten Patentanwalt darauf aufmerksam zu machen, dass die Anmeldung nicht als erste Anmeldung i.S. von Art. 87 Abs. 1 EPÜ herangezogen werden kann.

Fundstelle: OLGR Karlsruhe 2009, 477-482; GRUR-RR 2009, 286-290

OLG Hamburg: Voraussetzungen für das Eingreifen des Besonderen Mechanismus; zur EU-Recht konformen Auslegung des Merkmals „eingetragen“

Urt. v. 23. April 2009
- 3 U 75/08 -

Voraussetzung für das Eingreifen des Besonderen Mechanismus ist trotz des in der deutschen Sprachfassung verwendeten Begriffes „eingetragen“ lediglich, dass die Schutzrechte „angemeldet“ worden sind. Die deutsche Sprachfassung, welche für das Eingreifen des Besonderen Mechanismus darauf abstellt, ob ein entsprechendes Schutzrecht in den neuen osteuropäischen Beitrittsstaaten bereits zu dem Zeitpunkt erlangt werden konnte, zu dem es in den alten EU-Staaten „eingetragen“ wurde,

kann nach seinem Wortlaut nicht in dem Sinne verstanden werden, dass es allein auf den Zeitpunkt der Veröffentlichung der Patentschrift oder der Erteilung des Schutzrechts ankommt. Erfasst werden vielmehr alle Handlungen, welche der Eintragung in das jeweilige Register unterliegen.

Fundstelle: PharmR 2009, 338-348

OLG Karlsruhe: Voraussetzungen des Erlasses einer einstweiligen Verfügung im Patentverletzungsverfahren

Urt. v. 8. Juli 2009
- 6 U 61/09 -
ZPO §§ 935, 940

1. Voraussetzung für den Erlass einer einstweiligen Verfügung in Patentverletzungsverfahren ist, dass die Beurteilung der Verletzungsfrage im Einzelfall keine Schwierigkeiten macht und dass sich keine durchgreifenden Zweifel an der Schutzfähigkeit des Klageschutzrechts aufdrängen. Mit Schwierigkeiten ist die Beurteilung der Verletzungsfrage nicht erst dann verbunden, wenn sie im Hauptsacheverfahren nicht ohne Heranziehung eines Sachverständigen beantwortet werden könnte. Ergänzend ist eine Bewertung und Abwägung der Interessen der Parteien vorzunehmen.

2. Gesichtspunkte, die gegen das Vorliegen eines Verfügungsgrundes sprechen, können sich aus Verhandlungen über den Abschluss eines Lizenzvertrags ergeben sowie daraus, dass im parallel geführten Hauptsacheverfahren demnächst ein Termin zur mündlichen Verhandlung stattfindet.

Fundstelle: OLGR Karlsruhe 2009, 591-592

2. URHEBERRECHT / GESCHMACKSMUSTERRECHT

LG Düsseldorf: Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei Software, die vorinstalliert und ohne handelbares Speichermedium veräußert wurde

Urt. v. 26. November 2008
- 12 O 431/08 -
UrhG §§ 24, 69c Nr. 3 S. 1, 97 Abs. 1

1. Das Verbreitungsrecht an einer Software erschöpft sich bereits dann, wenn die Hardware, auf der sie vorinstalliert wurde mit Zustimmung des Urhebers durch seine Distributoren an Endkunden veräußert wird. Wird die Software auf der Grundlage

des Vertrages der Distributoren mit dem Urheber und deshalb mit dessen Zustimmung an die Endkunden veräußert, so entfällt diese Zustimmung des Urhebers zur Erstveräußerung auch nicht mehr rückwirkend, wenn die Endkunden die Software entgegen ursprünglicher Beschränkungen des Nutzungsrechts, nämlich ohne die Hardware auf der sie vorinstalliert wurde, weiterverbreiten.

2. Falls der Rechteinhaber bewusst auf die Übergabe eines für sich genommen handelbaren Speichermediums verzichtet, etwa weil der Kunde die Software aus dem Internet herunterladen muss, oder weil er die Software lediglich vorinstalliert auf einer fest im Computer eingebauten Festplatte erhält, ist der Begriff des Vervielfältigungsstücks unter Berücksichtigung der Zwecke des Erschöpfungsgrundsatzes erweiternd auszulegen. Die Erschöpfung tritt in diesen Fällen hinsichtlich des tatsächlichen erlangten Datenbestands ein.

3. Die mit dem Erschöpfungsgrundsatz bezweckte Erhaltung der Verkehrsfähigkeit von Software verlangt, dass anstelle der Hardwareverkörperung der Software auch eine Diskettenkopie weiterveräußert werden darf, weil der Weitertrieb solcher Software sonst erheblich erschwert würde und eine Vervielfältigung deshalb wirtschaftlich erforderlich ist. Andernfalls wäre die Vorschrift des § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG in solchen Fällen praktisch ohne Anwendungsbereich.

Fundstelle: CR 2009, 221-223

OLG Oldenburg: Zum gewerblichen Ausmaß von Rechtsverletzungen

Beschl. v. 1. Dezember 2008
- 1 W 76/08 -
UrhG §§ 101 Abs. 1 S. 2, 101 Abs. 9; GG Art. 10; BDSG §§ 1 ff.

1. Der einmalige Download eines aktuellen Musikalbums stellt noch keine so schwere Rechtsverletzung dar, dass ohne Weiteres von einem gewerblichen Ausmaß ausgegangen werden kann.

2. Auch der Verdacht, das Album werde für weitere Downloads bereitgehalten, begründet noch kein gewerbliches Ausmaß, da selbst ein naheliegender Verdacht noch kein ausreichendes Kriterium darstellt, um Grundrechte einzuschränken.

Fundstelle: K&R 2009, 51-52; OLGR Oldenburg 2009, 109-111; CR 2009, 104-105; MMR 2009, 188-189

LG Köln: Gewerbliches Ausmaß einer Rechtsverletzung aufgrund erheblicher Marktrelevanz des Werkes

Beschl. v. 17. Dezember 2008
- 38 OH 11/08 -
UrhG §§ 101 Abs. 9, 105 Abs. 2, 19a, 101 Abs. 1; TKG § 3 Nr. 30

1. Auch der Auskunftsanspruch aus § 101 Abs. 2 UrhG erfordert ein gewerbliches Ausmaß der Rechtsverletzung.

2. Eine schwere Rechtsverletzung und ein dementsprechendes gewerbliches Ausmaß liegt auch dann noch vor, wenn das Veröffentlichungsdatum eines Hörbuchs bereits mehrere Jahre zurück liegt, dieses aber noch immer in großen Stückzahlen zu seinem ursprünglichen Verkaufspreis verkauft wird und deshalb noch erhebliche Marktrelevanz besitzt.

LG Köln: Eigentümliche Sprechweise als geistige Schöpfung; freie Benutzung trotz deutlicher Übernahme eines älteren Werkes

Urt. v. 14. Januar 2009
- 28 O 647/08 -
UrhG §§ 97, 2 Abs. 2, 24; GG Art. 5 Abs. 3 S. 1

1. Bereits die eigentümliche Art eines Schauspielers zu sprechen kann die ausreichende Schöpfungshöhe eines Werkes und seine Schutzfähigkeit begründen.

2. Der für eine freie Benutzung erforderliche Abstand zu den entlehnten eigenpersönlichen Zügen des benutzten Werkes kann auch bei deutlichen Übernahmen, gerade in der Formgestaltung, daraus resultieren, dass das neue Werk zu den entlehnten eigenpersönlichen Zügen des älteren Werkes aufgrund des eigenschöpferischen Schaffens einen so großen inneren Abstand hält, dass das neue Werk seinem Wesen nach als selbstständig anzusehen ist.

OLG Zweibrücken: Gewerbliches Ausmaß bei Download eines hochpreisigen Produktes

Beschl. v. 2. Februar 2009

- 3 W 195/08 -
UrhG §§ 101 Abs. 1, 101 Abs. 2, 101 Abs. 9; FGG § 13a

Die Annahme des „gewerblichen Ausmaßes“ einer Rechtsverletzung ist gerechtfertigt, wenn ein Produkt heruntergeladen wird, welches den vielfachen Wert eines in der Beschlussempfehlung des deutschen Bundestages als Anhaltspunkt angegebenen Musikalbums, nämlich 400 Euro, hat.

Fundstelle: OLGR Zweibrücken 2009, 656-658

OLG Köln: Gewerbliches Ausmaß einer Rechtsverletzung bei Angebot eines Musikalbums während seiner Verkaufsphase in Internetaustauschbörsen

Beschl. v. 9. Februar 2009
- 6 W 182/08 -
EGRL 48/2004; UrhG §§ 16, 17, 85 ff., 101 Abs. 1, 101 Abs. 2

1. Eine Rechtsverletzung in gewerblichem „Ausmaß“ ist auch bei rein privatem Handeln denkbar. Entscheidend, aber auch ausreichend ist es, dass die Rechtsverletzung ein Ausmaß aufweist, wie dies üblicherweise mit einer auf einem gewerblichen Handeln beruhenden Rechtsverletzung verbunden ist. Dieses Ausmaß wird jedenfalls auch bei einem einmaligen Angebot eines Musikalbums während der relevanten Verkaufs- oder Verwertungsphase erreicht.

2. Die relevante Verkaufsphase, insbesondere bei zeitloser klassischer Musik, lässt sich nicht pauschal anhand starrer Zeiträume ab Veröffentlichung bestimmen (Abgrenzung zu OLG Zweibrücken, 27. Oktober 2008, 3 W 184/04, ZUM-RD 2008, 605 = GRUR-RR 2009, 12, 13).

Fundstelle: Magazindienst 2009, 489-493; ZUM 2009, 425-427; MMR 2009, 334-336; OLGR Köln 2009, 357-360; RDV 2009, 118-120

OLG Köln: Kein Anfechtungsrecht eines Anschlussinhabers gegen Gestattungsbeschluss nach § 109 UrhG

Beschl. v. 5. Mai 2009
- 6 W 39/09 -
UrhG §§ 101 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, 101 Abs. 3 Nr. 1, 101 Abs. 9 S. 4, 101 Abs. 9 S. 6; FGG §§ 16 Abs. 2 S. 1, 20 Abs. 1

Der am erstinstanzlichen Auskunftsverfahren gem. § 101 Abs. 2, 9 UrhG nicht beteiligte, vom Provider nach richterlicher Gestattung benannte Anschlussinhaber ist nicht berechtigt, den Gestattungsbeschluss nach § 101 Abs. 9 Satz 6 UrhG anzufechten.

Fundstelle: OLGR Köln 2009, 448-450; K&R 2009, 490-492; MMR 2009, 547-549; ZUM 2009, 649-651; GRUR-RR 2009, 321-322

LG München I: Beweislast für die Befristung einer Nutzungsrechtseinräumung; Berechtigung zur Nutzung eines LP Covers auch für CD Cover; erster Anschein für die konkludente Zustimmung zu Nutzungshandlungen im Konzern

Urt. v. 12. Mai 2009

- 21 O 5302/09 -

UrhG §§ 16 Abs. 1, 17 Abs. 1, 19a, 31 Abs. 5

1. Ist zwischen den Parteien unstreitig, dass einem Tonträgerunternehmen hinsichtlich der Nutzung eines Fotos als LP-Cover im Jahr 1981 entsprechende Nutzungsrechte eingeräumt wurden, hat der Urheber des Fotos zu beweisen, dass die Nutzungsrechtseinräumung lediglich befristet erfolgte. Dies gilt jedenfalls dann, wenn im konkreten Fall die Zweckübertragungslehre i.S.v. § 31 Abs. 5 UrhG für eine unbefristete Nutzungsrechtseinräumung spricht.

2. Haben die Vertragsparteien keine Vereinbarungen hinsichtlich der Nutzung eines Fotos auch für CD-Cover getroffen, da diese Nutzungsart zum Vertragsabschlusszeitpunkt im Jahr 1981 noch nicht bekannt war, ist aufgrund der Zweckübertragungslehre das Tonträgerunternehmen dazu berechtigt, das Foto auch für CD-Cover zu verwenden: Bei einer CD handelt es sich nämlich lediglich um eine technisch neue Nutzungsvariante, die an die Stelle der LP getreten ist und keine zusätzliche wirtschaftliche Verwertung erlaubt hat, so dass die Nutzung für CD-Cover vom ursprünglichen Vertragszweck gedeckt ist.

3. Auch ohne entsprechende vertragliche Regelung ist ein Tonträgerunternehmen gemäß der „Parfümflakon-Entscheidung“ des BGH (GRUR 2001, 51) berechtigt, die Abbildung des LP- bzw. CD-Covers mit dem streitgegenständlichen Foto im Rahmen seiner Werbung für diese Tonträger

zu verwenden; dies gilt nicht nur für damit verbundene Vervielfältigungshandlungen i.S.v. § 16 Abs. 1 UrhG, sondern auch für Verbreitungshandlungen gem. § 17 Abs. 1 UrhG z.B. in Prospekten oder Zeitungsanzeigen oder für die öffentliche Zugänglichmachung i.S.v. § 19a UrhG über das Internet, die im Rahmen der zulässigen Weiterverbreitung einer Ware wirtschaftlich erforderlich sind.

4. Aufgrund lebensnaher Betrachtung sowie der engen (Rechte-)Verflechtungen von Gesellschaften im Konzern spricht ein erster Anschein dafür, dass Nutzungshandlungen einer Tochtergesellschaft, für die eine Schwester- oder eine Dachgesellschaft die Rechte inne haben, stets mit deren (zumindest konkludenter) Zustimmung vorgenommen werden.

Fundstelle: ZUM 2009, 681-686

OLG Frankfurt: § 101 UrhG als Erlaubnistatbestand im TKG

Beschl. v. 12. Mai 2009

- 11 W 21/09 -

TKG §§ 96, 113 a, § 101 Abs. 9 § 101 Abs. 9 UrhG bildet einen Erlaubnistatbestand nur für die gemäß § 96 TKG gespeicherten Verkehrsdaten, nicht für die allein auf Grund der Speicherungsverpflichtung nach § 113 a TKG gespeicherten Daten.

Fundstelle: MMR 2009, 542-544; ZUM 2009, 639-641; GRUR-RR 2009, 296-298; NJW-RR 2009, 1205-1207

LG München I: Zulässiges Kleinzitat bei Gedichten; keine verbotene Entstellung oder Änderung bei Übersetzung in andere Sprachen

Urt. v. 13. Mai 2009

- 21 O 618/09 -

UrhG §§ 14, 39, 51 S. 1, 51 S. 2 Nr. 2, 62

1. Der Abdruck der ersten zwei Zeilen eines insgesamt 116 Zeilen umfassenden Gedichts, in welchen eine Aussage über die Bewohner einer bestimmten Stadt getroffen wird, im vorderen und hinteren Vorsatz eines Begleitbands zu einer Museumsausstellung anlässlich des Stadtgründungs Jubiläums sowie in einem Faltprospekt über diese Ausstellung ist als sog. Kleinzitat gem. § 51 S. 1, S. 2 Nr. 2 UrhG zulässig - „Typisch München!“.

2. In der Weglassung eines Kommas im Zitat sowie in der grammatikalisch und inhaltlich korrekten Übersetzung des Zitats in drei Sprachen ist weder ein Verstoß gegen das Änderungsverbot i.S.v. §§ 62, 39 UrhG, noch gegen das Entstellungsverbot i.S.v. § 14 UrhG zu sehen.

Fundstelle: ZUM 2009, 678-680

AG Köln: Nicht für die Öffentlichkeit bestimmte Wiedergabe einer Radiosendung mittels eines Ausstellungsgerätes

Urt. v. 4. Juni 2009

- 137 C 590/08 -

UrhG § 15 Abs. 2 S. 1

Die Wiedergabe von Radiosendungen ist nicht für die Öffentlichkeit bestimmt i.S.v. § 15 Abs. 2 S. 1 UrhG, wenn derjenige, in dessen Geschäftsräumen sie erfolgt, selbst nicht dort aufhältlich, es unterlässt, ein für Kunden ausgestelltes Gerät unverzüglich abzuschalten, nachdem es von einem Interessenten in Betrieb gesetzt worden ist.

OLG Frankfurt: Kein Urheberrechtsverstoß bei Verkauf eines gebrauchten PC

Urt. v. 23. Juni 2009

- 11 U 71/08 -

UrhG §§ 69 c, 69 d Abs. 2, 97 Abs. 1

Der Verkauf eines gebrauchten Computers, dessen Festplatte die vormals aufgespielte OEM-Software nicht mehr enthält und dem auch kein Datenträger mit dieser Software beigelegt ist, auf dessen Gehäuse aber noch das Echtheitszertifikat der Antragstellerin (Certificate of Authenticity, nachfolgend CoA) klebt, das vom Antragsgegner als Lizenz-Sticker bezeichnet wird, stellt keine Urheberrechtsverletzung dar und zielt auch nicht darauf ab, eine illegale Vervielfältigung der Software zu ermöglichen.

LG München I: Zur Urhebervermutung; keine Festlegung der Urheberschaft durch Erben

Urt. v. 23. Juli 2009

- 7 O 22065/08 -

UrhG § 10 Abs. 1

1. Die Urhebervermutung nach § 10 I UrhG gilt nicht gegenüber Personen, die eine zeitlich frühere Urhebervermutung am gleichen Werk für sich beanspruchen können.

2. Die Urheberschaft ist nicht disponibel (hier: vertragliche Einräumung durch Erbin).

s. dazu *Eichelberger*, GB 2009, 383 (in dieser Ausgabe)

OLG Frankfurt: Umfang und Zumutbarkeit der Verpflichtungen eines Unterlassungsschuldners

Urt. v. 18. August 2009

- 11 U 19/09 -

UrhG §§ 13, 17, 97 Abs. 1

1. Dem Unterlassungsschuldner obliegt es nicht nur, keine weiteren Handlungen vorzunehmen, die eine Verletzung des Unterlassungsgebotes darstellen, sondern er muss alles ihm Zumutbare tun, um vor Abgabe des Unterlassungsversprechens angelegte Störungsquellen zu beseitigen.

2. Eine „Rückrufaktion“ auf bloße Vermutung hin, dass rechtsverletzendes Material an eine bestimmte Stelle gelangt sein könnte, kann jedoch im Einzelfall unzumutbar sein.

AG München: Kein urheberrechtlicher Schutz für Alltagsbauten; Zulässigkeit von Luftbilddaufnahmen

Urt. v. 19. August 2009

- 161 C 3130/09 -

BGB §§ 823 Abs. 1, 1004; KunstUrhG § 22; UrhG §§ 97 Abs. 1, 97 Abs. 2

1. Das Recht am eigenen Bild schützt den Einzelnen nur vor der unbefugten Verbreitung von Abbildungen seiner Person, jedoch nicht vor der Abbildung seines Eigentums oder Besitzes.

2. Im Bereich der Architektur besitzt keineswegs jedes Gebäude Urheberrechtsschutz. Alltagsbauten, die lediglich das bekannte architektonische Formenrepertoire wiederholen und nicht aus der Masse des alltäglichen Bauschaffens herausragen, sind nicht geschützt.

3. Grundsätzlich muss niemand hinnehmen, dass seine Privatsphäre gegen seinen Willen mit geeigneten Mitteln (z.B. einem Flugzeug) „ausgespäht“ wird, um daraus ein Geschäft zu machen. Ein solcher Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht

ist jedoch nicht rechtswidrig, wenn lediglich Luftbildaufnahmen gemacht wurden, auf denen sich weder Adresse, Bewohner noch sonstige persönliche Gegenstände erkennen lassen, weil der Eingriff in die Privatsphäre dann nur geringfügig ist, so dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht bei einer Güterabwägung hinter das Recht des Fotografen auf Ausübung seines Gewerbes zurücktritt.

AG München: Berechnung einer angemessenen Lizenzgebühr

Urt. v. 19. August 2009
- 161 C 8713/09 -
UrhG §§ 10 Abs. 2, 97 Abs. 1 S. 1

Bei der Berechnung der angemessenen Lizenzgebühr ist rein objektiv darauf abzustellen, was bei vertraglicher Einräumung ein vernünftiger Lizenzgeber gefordert und ein vernünftiger Lizenznehmer gewährt hätte, wenn beide im Zeitpunkt der Entscheidung die gegebene Sachlage gekannt hätten. Diese Schadensberechnung beruht auf der Erwägung, dass derjenige, der ausschließliche Rechte anderer verletzt, nicht besser stehen soll, als er im Falle einer ordnungsgemäß erteilten Erlaubnis durch den Rechtsinhaber gestanden hätte. Damit läuft die Lizenzanalogie auf die Fiktion eines Lizenzvertrages der im Verkehr üblichen Art hinaus. Dabei hat derjenige, der die Rechte Dritter verletzt, keinen Anspruch darauf, dass im Wege der Lizenzanalogie die günstigsten und billigsten Angebote zugrunde gelegt werden.

OLG Karlsruhe: Einstweilige Anordnung zur Speicherung der Verbindungsdaten während eines Verfahrens nach § 101 Abs. 9 UrhG; gewerbliches Ausmaß einer Urheberrechtsverletzung

Beschl. v. 1. September 2009
- 6 W 47/09 -
UrhG §§ 96 Abs. 2 S. 1, 101 Abs. 2, 101 Abs. 9

1. Eine einstweilige Anordnung, mit der ausgesprochen wird, dass bis zum Abschluss des Verfahrens nach § 101 Abs. 9 UrhG zum Zwecke der Auskunftserteilung die Daten zu sichern, aus denen sich ergibt, welchen Kunden unter welchen Anschrift bestimmte IP-Adressen zu bestimm-

ten Zeitpunkten zugeordnet waren, kann mit der Beschwerde angefochten werden.

2. Eine solche Anordnung findet ihre gesetzliche Grundlage in § 101 Abs. 2 und Abs. 9 UrhG i.V. mit § 96 Abs. 2 Satz 1 TKG; diese dort getroffene Regelung stößt weder auf europarechtliche noch auf verfassungsrechtliche Bedenken.

3. Voraussetzung für den Erlass einer solchen Anordnung ist, dass das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Anordnung nach § 101 Abs. 9 UrhG glaubhaft gemacht wird.

4. Eine Rechtsverletzung in gewerblichem Ausmaß ist in der Regel anzunehmen, wenn eine besonders umfangreiche Datei, etwa ein vollständiger Kinofilm, in Musikalbum oder ein Hörbuch, vor oder unmittelbar nach ihrer Veröffentlichung in Deutschland widerrechtlich im Internet einer unbestimmten Vielzahl von Dritten zugänglich gemacht wird.

OLG Frankfurt: Nicht sittenwidrige „Ghostwriter-Vereinbarung“

Urt. v. 1. September 2009
- 11 U 51/08 -
UrhG § 13

„Ghostwriter-Vereinbarung“, bei denen sich der Urheber eines Werkes zum Verschweigen der eigenen Urheberschaft verpflichtet um es einem Namensgeber zu ermöglichen, das Werk als eigenes in der Öffentlichkeit zu präsentieren, zwischen zwei in einem Wirtschaftsbetrieb tätigen Parteien und außerhalb des universitären Forschungsbetriebes sind nicht grundsätzlich sittenwidrig.

3. MARKENRECHT

OLG Hamburg: Zur Eröffnung des Rechtsweges bei Unterlassungsklagen gegen ehemalige Arbeitnehmer wegen Nutzung einer Domain in fremden Unternehmen

Beschl. v. 15. Januar 2008
- 3 W 200/07 -
GVG § 13; ArbGG §§ 2 Abs. 1, 2 Abs. 3; MarkenG §§ 15, 140

Hat ein Arbeitnehmer während des Arbeitsverhältnisses mit Kenntnis und Duldung des Arbeitgebers eine mit dessen

Firmenschlagwort gebildete Domain registrieren lassen und wird die Domain nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses für ein Dritt-Unternehmen verwendet, das mit dem (früheren) Arbeitgeber nichts zu tun hat, so ist für die gegen die Benutzung der Domain gerichtete Unterlassungsklage der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten (§ 13 GVG) und nicht zu den Arbeitsgerichten eröffnet.

1. Eine Zuständigkeit der Arbeitsgerichte nach § 2 Abs. 1 ArbGG kommt nicht in Betracht; die Benutzung der Domain für ein fremdes Unternehmen steht mit dem früheren Arbeitsverhältnis in keinem inneren Zusammenhang, auch wenn die Gestattung der Domain-Anmeldung während des Arbeitsverhältnisses erfolgte.

2. Die Zuständigkeit gemäß § 2 Abs. 3 ArbGG ist wegen der ausschließlichen Zuständigkeit der Landgerichte (§ 140 MarkenG) nicht gegeben; § 140 MarkenG gilt für die funktionale und sachliche Gerichtszuständigkeit.

Fundstelle: NZA-RR 2009, 445-446

OLG Hamburg: Keine Markenverletzung bei Unternehmenswerbung ohne konkreten Produktbezug

Beschl. v. 10. März 2008
- 3 W 10/08 -
MarkenG § 14

Wird das Anbieten und Bewerben von Produkten (hier: diagnostischen Apparaten usw.) „unter der Marke ANSWER FOR LIFE“ als Markenverletzung (gestützt auf eine ähnliche Wortmarke für ähnliche Produkte) angegriffen und wird zur Begründung auf eine Unternehmens-Werbung mit dem Claim („ANSWER FOR LIFE“) verwiesen, in der dessen Leistungen nur allgemein und ohne konkreten Produkte-Bezug angepriesen werden, so ist dieser Unterlassungsanspruch aus § 14 MarkenG nicht begründet. Es liegt gerade kein markenmäßiger Gebrauch der Bezeichnung für ein Produkt vor, auch nicht etwa über die „Brücke“ einer firmenmäßigen Verwendung des Slogans.

Fundstelle: GRUR-RR 2009, 302-303

OLG Hamburg: „Mit Liebe gemacht“ gibt keinen Hinweis auf die betriebliche Herkunft eines Produktes

Beschl. v. 7. April 2008
- 3 W 30/08 -

MarkenG § 14

Der Aufdruck auf einem Body für Babies „Mit Liebe gemacht“ weist nicht auf die betriebliche Herkunft des Produkts hin, sondern kennzeichnet als regelgerecht gebildeter Satz und auch wegen der Doppeldeutigkeit des Slogans die Eigenart des Produkts. Ein Verbotungsanspruch aus der gleichlautenden Wortmarke ist mangels markenmäßigen Gebrauchs nicht gegeben.

Fundstelle: GRUR-RR 2009, 300-302; MitteldtschPatAnw 2009, 409

OLG Hamburg: Keine markenmäßige Verwendung bei Benutzung eines zusammengesetzten Begriffs ohne eindeutigen Bezug auf ein geschütztes Zeichen; irreführendes Werben mit der Bezeichnung „Kampfmönch“

Urt. v. 23. Juli 2008
- 5 U 118/06 -
GMV Art. 9, 12 lit. b; MarkenG §§ 14 Abs. 2 S. 2, 14 Abs. 5; UWG § 5

1. Die markenmäßige Verwendung einer geschützten Bezeichnung („Shaolin“) liegt dann nicht vor, wenn die Verletzungsform als zusammengesetzter Begriff („Die Rückkehr der Shaolin“) in ihrer Verkürzung nicht eindeutig erkennen lässt, auf welchen der üblichen Ausdrücke („Shaolin-Mönch“, „Shaolin-Kämpfer“, „Shaolin-Kampfkunst“, „Shaolin-Großmeister“ usw.) sich die Verkürzung bezieht und zumindest einzelne dieser Wendungen als Gattungsbezeichnungen markenrechtlich zulässig sind.

2. Auch wenn ein Begriff wie „Shaolin“ zuweilen nicht herkunftshinweisend, sondern lediglich als geographisch-historisch-kulturelle Bezugnahme verwendet wird, stellt sich die Bezeichnung „die besten Kampfmönche“ im Rahmen der Ankündigung einer Bühnenshow als irreführend und damit wettbewerbswidrig dar, wenn es sich bei den Ausführungen tatsächlich nicht um Mönche handelt.

Fundstelle: OLGR Hamburg 2009, 609-610

OLG Frankfurt: Kein Verfügungsgrund bei jahrelanger unerkannter Benutzung einer gegenüberstehenden Bezeichnung

Beschl. v. 04. August 2008
- 6 W 108/08 -
ZPO §§ 935, 940

1. Unter besonderen Umständen kann der nicht vermutete Verfügungsgrund in Markensachen verneint werden.
 2. Dies ist insbesondere der Fall, wenn dem Inhaber des Kennzeichenrechts die Existenz und die Benutzung der angegriffenen Geschäftsbezeichnung jahrelang nicht bekannt war und dieser auf die beanstandete Bezeichnung nur im Rahmen einer routinemäßigen Recherche gestoßen ist und eine Begegnung am Markt nicht erfolgte. (red. Leitsätze)

OLG Hamburg: Keine Anwendung von § 89 b HGB auf „reine“ Markenlizenzvereinbarungen

Urt. v. 27. November 2008
 - 3 U 146/06 -
 HGB § 89b

Nach Beendigung eines Markenlizenzvertrages, bei denen der Lizenzgeber keine eigenen Produkte produziert, sondern lediglich seine Marke gegen Entgelt zur Kennzeichnung fremder Produkte lizenziert, hat der Lizenznehmer gegen den Lizenzgeber keinen Anspruch auf angemessenen Ausgleich entsprechend § 89b HGB. § 89b HGB kann jedenfalls auf solche „reinen“ Markenlizenzvereinbarungen nicht analog angewendet werden.

Fundstelle: GWR 2009, 273; NJOZ 2009, 3031

OLG Saarland: Glaubhaftmachung der Patentanwaltsgebühren durch anwaltliche Versicherung

Beschl. v. 16. Februar 2009
 - 5 W 242/08 -
 ZPO §§ 104 Abs. 3 S. 1, 567 ff;
 MarkenG §§ 4 Nr. 1, 14 Abs. 2 Nr. 2, 14 Abs. 5, 140 Abs. 1, 140 Abs. 3; RVG § 13

Die Kosten eines mitwirkenden Patentanwalts in Kennzeichenstreitsachen sind im Kostenfestsetzungsverfahren durch anwaltliche Versicherung grundsätzlich ausreichend glaubhaft gemacht.

Fundstelle: OLGR Saarbrücken 2009, 502-503; GRUR-RR 2009, 326-327

OLG Frankfurt: Zur Verwendung einer fremden Marke als Metatag

Beschl. v. 03. März 2009

- 6 W 29/09 -
 MarkenG § 14

In der Verwendung einer fremden Marke als Metatag liegt dann keine markenmäßige Benutzung, wenn sich bereits aus einem Kurzhinweis in der nach Eingabe des Suchworts erscheinenden Trefferliste ergibt, dass der Begriff nicht auf die Herkunft einer Ware oder Dienstleistung aus einem bestimmten Unternehmen hinweisen soll.

Fundstelle: MMR 2009, 401-402

LG Mannheim: Keine Verletzung des Unternehmenskennzeichenrechts bei ausschließlicher Benutzung zur Kennzeichnung von Waren und Dienstleistungen

Urt. v. 12. Mai 2009
 - 2 O 59/09 -
 MarkenG §§ 4, 5, 14, 15

1. An einer das Unternehmenskennzeichenrecht verletzenden Benutzung fehlt es, wenn ein Zeichen ausschließlich zur Kennzeichnung von Waren oder Dienstleistungen und nicht zur Kennzeichnung eines Unternehmens verwendet wird.
 2. Der Inanspruchnahme aus einem Unternehmenskennzeichen kann auch eine prioritätsältere eingetragene Marke entgegenhalten werden, wenn ein zumindest auch markenmäßiger Gebrauch angegriffen wird. Jedenfalls der Inhaber einer Dienstleistungsmarke ist nicht gehalten, sich wegen der fremden, prioritätsjüngeren Unternehmenskennzeichenrechte auf eine rein markenmäßige Nutzung seiner Marke zurückzuziehen.

OLG Hamburg: Grenze zur beachtlichen Rufschädigung durch „co-branding“

Urt. v. 11. Juni 2009
 - 3 U 16/09 -
 MarkenG § 24 Abs. 1; EGV 40/94 Art. 13

1. Eine nach den zeichenrechtlichen Grundsätzen des Parallelimports von Arzneimitteln einer Erschöpfung entgegenstehende Rufschädigung unter dem Gesichtspunkt des „co-branding“ folgt nicht bereits aus dem Umstand allein, dass die angegriffene Packungsgestaltung dem Patienten den unzutreffenden Eindruck einer irgend-

wie gearteten Kooperation der Parteien vermittelt.

2. Die rechtliche Grenze zur beachtlichen Rufschädigung verläuft unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls jedenfalls dort, wo das „co-branding“ nicht mehr – erlaubte – Kennzeichnung einer – erlaubten – Dienstleistung, nämlich diejenige des Parallelimports, ist, sondern die Kennzeichen des Originators derart dominiert werden, dass beim Verkehr der irreführende Eindruck entsteht, der Parallelimporteur garantiere mit seinem Zeichen nicht nur für seine Dienstleistung „Parallelimport“, sondern auch für die Herkunft, also die Entwicklung, Herstellung und Qualität des Produktes selbst. Denn jedenfalls dann greift das „co-branding“ in die Funktion der Marke des Originators ein und beeinträchtigt diese.

Fundstelle: MarkenR 2009, 409-413; A&R 2009, 192

4. WETTBEWERBSRECHT

OLG Hamburg: keine Vermutung für Wettbewerbsabsicht bei werbewirksamen Presseäußerungen

Beschl. v. 02. Januar 2008
 - 3 W 224/07 -
 GG Art. 5 Abs. 1; EGRL 29 / 2005 Art. 2 Buchst. d; UWG § 2 Abs. 1 Nr. 1

1. Werbewirksame Presseartikel in medialer (redaktioneller) Funktion lassen wegen der Meinungs- und Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) eine Wettbewerbsabsicht nicht vermuten, nur bei im Einzelfall konkret festzustellenden Umständen liegt insoweit eine „Wettbewerbsbehandlung“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG) vor. Davon ist nicht auszugehen, wenn die Äußerung von überwiegend publizistischen Interesse ist (hier: Titelseiten-Schlagzeile betreffend die damals aktuelle Markteinführung eines allgemein beachteten Mobiltelefons nebst Kooperation des Herstellers mit einem Mobilfunkbetreiber). Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, wenn eine durch die Schlagzeile geweckte Erwartung der Leser, im Zeitschriftenheft entsprechend informiert zu werden (hier: über „Preise, Funktionen und Leistungspaket“), nicht in jeder Hinsicht erfüllt wird.

2. Diese Grundsätze zu Presseäußerungen gelten auch für den Begriff der „Geschäftspraktiken“ im Sinne des Art. 2 lit. d UGP RL

([Richtlinie 2005/29/EG](#) über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern, ABl. EG Nr. L 149 S. 22).

Fundstelle: WRP 2009, 1012

OLG Hamburg: Irreführende Werbung beim Bewerben eines eingeschränkt zugelassenen Arzneimittels als Standardbehandlung; zur Dringlichkeitsvermutung

Beschl. v. 19. Februar 2008
 - 3 W 232/07 -
 UWG §§ 3, 4 Nr. 11, 8, 12 Abs. 2
 HeilmMWerbG § 3

1. Die Angabe „1x1 der Osteoporose, 1 Jahr Knochenschutz x 1 Infusion“ in der Werbung für ein Arzneimittel ist irreführend. Der Verkehr nimmt wegen des Hinweises „1x1 der Osteoporose“ an, es handle sich um eine grundlegende Standardbehandlung, die stets in Erwägung gezogen werden sollte. Das ist irreführend, wenn das Arzneimittel nur eingeschränkt zugelassen ist (hier: Zur Behandlung der Osteoporose bei postmenopausalen Frauen).
 2. Geht der Verletzte zeitnah gegen eine Heilmittelwerbung mit einem Verfügungsantrag vor, so ist die Dringlichkeitsvermutung (§ 12 Abs. 2 UWG) nicht widerlegt, wenn wegen Überlastung des Beschwerdegerichts eine Verzögerung im Verfahren der sofortigen Beschwerde gegen den ablehnenden Beschluss des Landgerichts eintritt und der Antragsteller dagegen remonstriert.

Fundstelle: Magazindienst 2009, 660-662; OLGR Hamburg 2009, 691-692

OLG Hamburg: Parallelvertrieb von Arzneimitteln; Prüfungsumfang der EMEA

Urt. v. 29. Januar 2009
 - 3 U 107/08 -
 UWG § 4 Nr. 11

Die Durchführung des Parallelvertriebs eines zentral zugelassenen, in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union in Verkehr gebrachten Arzneimittels in Deutschland setzt nicht voraus, dass die EMEA den ordnungsgemäß angezeigten Parallelvertrieb zuvor prüft und genehmigt. Für ein derartiges „Vorab-

Genehmigungsverfahren" fehlt es an einer Rechtsgrundlage.

OLG Hamburg: Marktort bei Internet-versandhandel; Ausrichtung auf den deutschen Markt

Urt. v. 19. Februar 2009

- 3 U 225/06 -

EGBGB Art. 34; GVG § 13; SGG §§ 51 Abs. 1 Nr. 2, 51 Abs. 2 S. 1; AMG § 78 Abs. 2 S. 2; AMPreisV §§ 1, 3; HWG § 7 Abs. 1

Auf den Internet-Versandhandel von DocMorris ist nach dem Marktortprinzip deutsches Wettbewerbsrecht als Recht des Ortes anzuwenden, auf den die geschäftliche Tätigkeit dieser Internet-Apotheke ausgerichtet ist. Die Ausrichtung auf den deutschen Markt ergibt sich daraus, dass das Angebot in deutscher Sprache und an deutsche Kunden erfolgt sowie daraus, dass Medikamente vertrieben werden, die in Deutschland zugelassen sind, und dass die Abrechnung mit deutschen Krankenkassen erfolgt.

Die Arzneimittelpreisverordnung stellt zwingendes öffentliches Recht im Sinne von Art. 34 EGBGB dar. Der niederländische Anbieter DocMorris ist daher verpflichtet, die deutschen Arzneimittelpreisvorschriften bei einem Vertrieb nach Deutschland einzuhalten.

Das „Bonus-Modell“ des Anbieters DocMorris stellt einen Verstoß gegen § 78 AMG, §§ 1, 3 AMPreisV sowie gegen § 7 HWG dar. Aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzung sind die §§ 1, 3 AMPreisV und § 7 HWG in der Regel nebeneinander anwendbar.

Fundstelle: A&R 2009, 87-93; APR 2009, 32-40; Magazindienst 2009, 772-784

OLG Hamburg: Kein Rechtsmissbrauch bei aufeinander folgenden getrennten Verfahren gegen Aussagen aus demselben Werbemittel; Widerlegung der Dringlichkeit durch mehrwöchiges Warten auf ein Umfragegutachten

Urt. v. 5. März 2009

- 3 U 159/08 -

UWG §§ 3, 4 Nr. 11, 5, 12 Abs. 2;

HeilmMWERB G § 3

1. Ein Antragsteller im wettbewerbsrechtlichen einstweiligen Verfügungsverfahren setzt sich nicht deshalb dem Vorwurf der

verbotenen Salami-Taktik, d.h. des Rechtsmissbrauchs aus, weil er in getrennten Verfahren gegen zwei (irreführende) Aussagen desselben Werbemittels vorgeht. Er darf gegen diese Angaben auch nacheinander vorgehen, wenn dafür ein nachvollziehbarer Grund besteht. Ein solcher Grund liegt vor, wenn das erste Vorgehen, anders als das zweite Vorgehen, keiner weiteren tatsächlichen Ermittlungen bedarf. 2. Im Hinblick auf denjenigen Unterlassungsantrag, der keiner weiteren Ermittlungen mehr bedarf, ist das mehrwöchige Warten auf die Fertigstellung des Umfragegutachtens, welches lediglich im Hinblick auf die weitere Werbeangabe eingeholt wird, dringlichkeitsschädlich.

3. Zu den methodischen Anforderungen an ein Umfragegutachten.

Fundstelle: Magazindienst 2009, 766-771; GuT 2009, 231

OLG Karlsruhe: Handelsvertreter und Handelsunternehmer als Mitbewerber i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG beim Direktvertrieb

Beschl. v. 10. März 2009

- 4 U 168/08 -

UWG §§ 2 Abs. 1 Nr. 3, 2 Abs. 1 Nr. 6

1. Ein selbständiger Handelsvertreter, der in einem Strukturvertrieb bestimmte Produkte vertreibt, ist Unternehmer im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG.

2. Ein Handelsunternehmen, das Produkte im Direktmarketing verkauft, und ein Handelsvertreter, der selbst im Direktmarketing tätig ist, sind Mitbewerber im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG, soweit sie als Nachfrager nach gleichartigen Dienstleistungen auf dem Markt auftreten. Das ist der Fall, wenn sowohl das Handelsunternehmen als auch der Handelsvertreter Mitarbeiter oder selbständige Vertriebspartner für den Direktvertrieb suchen.

LG Koblenz: Unzulässige Werbung mit Rechtsdienstleistungen

Urt. v. 17. März 2009

- 4 HK O 140/08 -

UWG §§ 3, 8 Abs. 1, 8 Abs. 3 Nr. 1;

RDG § 5

Die Werbung in einem Flyer mit dem Inhalt:

„Komplette Unfallschadenabwicklung“ und „Rechtsanwalt für Verkehrsrecht im Haus“ ist wettbewerbswidrig, da diese Werbung eine Rechtsdienstleistung anbietet, die nur dann zulässig wäre, wenn es sich dabei um eine Nebenleistung im Sinne des § 5 RDG handeln würde.

Fundstelle: NJW-RR 2009, 1202-1203; DAR 2009, 275

OLG Jena: Zur Kennzeichnung als Anzeige im Einzelfall

Urt. v. 08. April 2009

- 2 U 937/08 -

UWG §§ 3, 4 Nr. 3, 4 Nr. 11, 8 Abs. 1

1. Eine unzulässige getarnte Werbung liegt im Einzelfall unter Berücksichtigung der Gesamtumstände nicht vor, wenn der Beitrag mit dem Wort „Anzeige“ deutlich gekennzeichnet wird.

2. Für die Beurteilung der deutlichen Kennzeichnung sind neben der Schriftgröße Schriftart und Platzierung der Kennzeichnung auch das Umfeld des Beitrages und der hieraus resultierende Umstand, ob der Durchschnittsleser mit werbefinanzierten Beiträgen rechnet, zu berücksichtigen. (red. Leitsätze)

Fundstelle: Magazindienst 2009, 808-811; OLGR Jena 2009, 662-663

OLG Hamburg: Zur Ernsthaftigkeit einer Unterlassungsverpflichtungserklärung

Urt. v. 23. April 2009

- 3 U 151/07 -

UWG §§ 3, 4 Nr. 11, 5 Abs. 2 Nr. 2, 9, 12 Abs. 1

Eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtungserklärung, die ein Gebrauchtwagenhändler gegenüber einem Dritten – ebenfalls Gebrauchtwagenhändler – abgegeben hat, ist mangels hinreichender Ernsthaftigkeit dann nicht geeignet, die Wiederholungsgefahr für alle Gläubiger zu beseitigen, wenn die vorangegangene Abmahnung u.a. auf einer kollegial-fürsorglichen Motivation beruhte und der Dritte bekundet, eine etwaig verwirkte Vertragsstrafe mit dem Unterlassungsschuldner „auf dem Rummel teilen“ zu wollen.

Ein wettbewerblesches Abschlussschreiben ist in der Regel nicht lediglich als einfaches Schreiben im Sinne der Nr. 2402 VV a.F. zum RVG (jetzt: Nr. 2302) anzusehen,

sondern in Höhe einer 0,8-Geschäftsgebühr zu vergüten.

Fundstelle: Magazindienst 2009, 762-766; WRP 2009, 1152

OLG Hamburg: Unzulässige irreführende vergleichende Werbung für eingeschränkt zugelassenes Arzneimittel

Urt. v. 23. April 2009

- 3 U 211/08 -

UWG §§ 3, 4 Nr. 11, 5; HeilmMWERB G §§ 3, 3a S. 2

1. Die Angabe

„r. führt erste preisgünstige Alternative zu Clopidogrel-Verordnungen ein“

in der Überschrift einer anlässlich der Einführung eines Arzneimittels veröffentlichten Pressemitteilung ist irreführend und beinhaltet eine Werbung außerhalb der Zulassung, wenn im folgenden Fließtext nicht klargestellt wird, dass das neue Produkt aufgrund einer – im Vergleich mit den bereits erhältlichen Präparaten – hinsichtlich der Indikationen eingeschränkten Zulassung lediglich für einen Teilbereich der Gesamtheit aller Clopidogrel-Verordnungen in Betracht kommt.

2. Die Angaben

„Enorme Preisersparnis gegenüber Erstanbietern“ und „Maximale Budgetentlastung pro Verordnung“

in einer Werbeanzeige für ein Arzneimittel sind irreführend und eine Werbung außerhalb der Zulassung, wenn in ihrem unmittelbaren Zusammenhang nicht auf die im Vergleich zu den Präparaten der Erstanbieter bestehenden Einschränkungen hinsichtlich des zugelassenen Indikationsbereichs hingewiesen wird.

Fundstelle: Magazindienst 2009, 754-762

OLG Frankfurt: Unsachliche Beeinflussung des Verbrauchers durch Buchungswettbewerb in Reisebüros

Urt. v. 30. April 2009

- 6 U 48/08 -

UWG § 4 Nr. 1

Der Verbraucher wird in wettbewerbswidriger Weise (§ 4 Nr. 1 UWG) unsachlich beeinflusst, wenn eine Fluglinie bei den für sie tätigen Reisebüros einen Buchungswettbewerb veranstaltet, bei dem die zehn Reisebüros, die in einem festgelegten Zeitraum die meisten Flüge dieser Fluglinie

buchen, einen Gewinn in Form eines Einkaufsgutscheins über 5.000,- € erhalten.

OLG Hamburg: Zum Rechtsschutzinteresse für eine Unterlassungsklage bei Verdachtsmeldung

Urt. v. 06. Mai 2009
- 5 U 155/08 -
UWG §§ 3, 4 Nr. 8, 8 Abs. 1

Das Rechtsschutzinteresse für eine Unterlassungsklage fehlt nicht, wenn eine Äußerung im Zusammenhang mit einer Anzeige einer Versicherungsgesellschaft gegenüber der Auskunftsstelle über Versicherungs-/und Bausparkassenaufendienst und Versicherungsmakler in Deutschland e.V (AVAD) streitig ist. Die Verfahrensregelungen des AVAD erlauben keine Überprüfung der Anzeige auf ihre inhaltliche Richtigkeit. Die Grundsätze für Äußerungen, die der Rechtsverfolgung in einem gerichtlichen oder behördlichen Verfahren dienen, und insoweit ungeachtet ihres Wahrheitsgehalts nicht im Wege der Unterlassungsklage unterbunden werden können, gelten in diesem Fall nicht.

Fundstelle: WRP 2009, 1152

OLG Hamburg: Irreführung durch Werbung für ein Arzneimittel mit nicht nachgewiesenem Produktvorteil

Urt. v. 28. Mai 2009
- 3 U 173/08 -
UWG §§ 3, 4 Nr. 11, 5; HeilMWBG § 5

Die Hervorhebung der „Freiheit“ von einem bestimmten Stoff im Blickfang einer Werbeanzeige für ein Arzneimittel erweckt den Eindruck eines Produktvorteils und ist als irreführend zu unterlassen, wenn das werbende Unternehmen die – vom Anspruchsgläubiger substantiiert angezweifelte – wissenschaftlich erwiesene Vorteilhaftigkeit des hervorgehobenen Umstands nicht nachzuweisen vermag.

Fundstelle: Magazindienst 2009, 748-754; GuT 2009, 231

OLG Hamburg: Schleichbezug bei Nichtgestattung des Weiterverkaufs gebuchter Flüge; kein Kontrahierungszwang der Luftfahrtunternehmen bei Beförderungsverträgen, die ein Pau-

schalreiseveranstalter zugunsten Dritter abschließt

Urt. v. 28. Mai 2009
- 3 U 191/08 -
UWG §§ 3, 4 Nr. 10, 8; LuftVG § 21 Abs. 2 S 3; GWB § 19 Abs. 2

1. Bietet ein Luftfahrtunternehmen ein internetgestütztes Flugbuchungssystem an, dessen Nutzung zum Zweck des kommerziellen Weiterverkaufs gebuchter Flüge es nicht gestattet, so stellt die Vornahme von kommerziellen Buchungen zwecks Weiterverkaufs in Kenntnis des entgegenstehenden Willens des Luftfahrtunternehmens eine unlautere Mitbewerberbehinderung im Sinne von § 4 Nr. 10 UWG in der Form des Schleichbezugs dar.

2. Die von § 21 Abs. 2 S. 3 LuftVG den Luftfahrtunternehmen im Linienflugverkehr auferlegte Verpflichtung, mit jedermann Beförderungsverträge abzuschließen und zu befördern, beinhaltet einen Kontrahierungszwang lediglich hinsichtlich solcher Verträge, die die Beförderung der anderen vertragsschließenden Partei zum Gegenstand haben, nicht aber hinsichtlich solcher Beförderungsverträge, die ein Pauschalreiseveranstalter zugunsten Dritter abzuschließen beabsichtigt.

Fundstelle: GuT 2009, 231

OLG Köln: Einverständnis eines Anschlussinhabers zu Werbeanrufen Urt. v. 05. Juni 2009

- 6 U 1/09 -
UWG §§ 7 Abs. 1, 7 Abs. 2 Nr. 2, 3, 8 Abs. 3

1. Ein Anruf zu Werbezwecken bei einem Verbraucher, ohne dessen Einwilligung, stellt eine unzumutbare Belästigung i.S.d. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG dar. Werbeanrufe dürfen nur im Umfang der Einwilligung erfolgen.

2. Sofern ein Anschlussinhaber sein Einverständnis zu Werbezwecken gegeben hat, erstreckt sich das Einverständnis auch auf die Werbeanrufe, welche auf diesem Anschluss von Dritten entgegengenommen werden.

3. Der Wortlaut des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG ist dahingehend zu verstehen, dass es auf das Einverständnis des Anschlussinhabers ankommt und nicht auf das Einverständnis dessen, der den Anruf tatsächlich entgegennimmt. (red. Leitsätze)

KG Berlin: systematische Behinderung durch verzögerte Berücksichtigung von Widerrufserklärungen

Beschl. v. 26. Juni 2009
- 5 W 59/09 -
UWG §§ 2 Abs. 1 Nr. 1, 4 Nr. 10; BGB §§ 312d Abs. 1, 355

Es stellt eine geschäftliche Handlung im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG n.F. und eine systematische Behinderung im Sinne von § 4 Nr. 10 UWG dar, die Übernahme von Kunden eines Mitbewerbers auf der Grundlage von Fernabsatzverträgen vor Ablauf der Widerrufsfrist gemäß § 312d Abs. 1, § 355 BGB einzuleiten ohne organisatorisch dafür Sorge zu tragen, dass Widerrufe der Kunden sofort berücksichtigt werden.

Fundstelle: Magazindienst 2009, 642-644; KGR Berlin 2009, 665-666

AG München: Einwilligung in die Über-sendung von Werbe-E-mails

Urt. v. 09. Juli 2009
- 161 C 6412/09 -
BGB §§ 823 Abs. 1, 1004; UWG §§ 7 Abs. 2 Nr. 3

1. Wird eine E-Mail zu Werbezwecken ohne das vorherige ausdrückliche oder stillschweigende Einverständnis des Adressaten zugesendet, stellt dies sowohl eine unzumutbare Belästigung i.S.d. § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG dar, als auch einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht und unter Umständen einen Eingriff in den eingerichteten und ausgerichteten Gewerbebetrieb.

2. Eine unzumutbare Belästigung ist selbst dann gegeben, wenn die Werbeabsicht im „Betreff“ klar und eindeutig gekennzeichnet ist und der Empfänger die Nachricht, aufgrund der Beschreibung, geradewegs löschen könnte, ohne diese zu lesen.

3. Ein einmaliger E-Mail-Kontakt ist allein nicht ausreichend, um von der benötigten Einwilligung des Adressaten auszugehen.

OLG München: Zur Auslegung des Begriffs Wettbewerbsbehandlung; Unterlassungsanspruch bei mehrdeutigen Aussagen

Urt. v. 09. Juli 2009

- 29 U 1852/09 -
UWG 2004 §§ 2 Nr. 1, 4 Nr. 1 UWG 2004; UWG 2008 §§ 2 Nr. 1, §, 4 Nr. 1 UWG 2008

1. Für nach Ablauf der Frist für die Umsetzung der UGP-Richtlinie am 12. Dezember 2007 vorgenommene Handlungen ist der Begriff der Wettbewerbsbehandlung in § 2 Nr. 1 und § 4 Nr. 1 UWG 2004 dahin auszulegen, dass er auch Maßnahmen zur Durchsetzung vertraglicher Ansprüche erfasst.

2. Die Ankündigung des Besuchs eines auf Inkasso spezialisierten Mitarbeiter-Teams kann gemäß § 4 Nr. 1 UWG unlauter sein.

3. Bei mehrdeutigen Aussagen genügt es zur Begründung eines Unterlassungsanspruchs, wenn nur eine von mehreren nicht fern liegenden Deutungsvarianten die Anspruchsvoraussetzungen erfüllt.

OLG Karlsruhe: Zur geschäftlichen Handlung i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG

Urt. v. 09. Juli 2009
- 4 U 188/07 -
UWG § 2 Abs. 1 Nr. 1, BGB § 1004 Abs. 1 S. 2

1. Äußert sich ein Arzt in einem Schreiben an einen Dritten nachteilig über einen anderen Arzt (Mitbewerber), so kommt es auf die Umstände des Einzelfalles an, ob eine geschäftliche Handlung im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG vorliegt. An einer geschäftlichen Handlung kann es fehlen, wenn das Schreiben nicht an einen Patienten gerichtet und auch nicht zur Weiterleitung an potentielle Patienten gedacht war.

2. Ein Unterlassungsanspruch bei Verletzung des Persönlichkeitsrechts (§ 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB) setzt eine Wiederholungsgefahr voraus. Nach einer Verletzungshandlung kann die Vermutung der Wiederholungsgefahr im Einzelfall auch ohne strafbewehrte Unterlassungserklärung widerlegt werden, wenn sich dies aus den Umständen des Falles ergibt.

OLG Karlsruhe: Wettbewerbsrechtliche Verantwortlichkeit für fehlerhaften Telefonbucheintrag

Urt. v. 09. Juli 2009
- 4 U 169/07 -
UWG §§ 8 Abs. 1 S. 1, 8 Abs. 3 Nr. 1

1. Lässt sich eine Zahnärztin in einem Telefonbuch unter der Rubrik „Zahnärzte für Kieferorthopädie“ eintragen, so kann dies irreführend sein, wenn die Zahnärztin zwar im Bereich der Kieferorthopädie tätig, aber nicht berechtigt ist, die Gebietsbezeichnung „Fachzahnärztin für Kieferorthopädie“ zu führen.

2. Eine Zahnärztin muss die Art und Weise der Eintragung im Telefonbuch vollständig und exakt vorgeben. Ist der schriftliche Auftrag unvollständig (weil beispielsweise die Rubriken-Überschrift, unter der die Eintragung erscheinen soll, nicht genau angegeben ist), muss sie die Gestaltung der Eintragung an Hand eines Korrekturabzugs kontrollieren. Geschieht dies nicht, ist die Zahnärztin für daraus resultierende Fehler und Ungenauigkeiten des Telefonbucheintrags wettbewerbsrechtlich verantwortlich.

OLG Rostock: Begehungsort bei Verletzungshandlungen im Internet

Beschl. v. 20. Juli 2009
- 2 W 41/09 -

BGB §§ 823 Abs. 1, 1004; UWG §§ 7 Abs. 2 Nr. 3

1. Begehungsort bei einer im Internet begangenen Verletzungshandlung ist (auch) jeder Ort, an dem die verbreitete Information dritten Personen bestimmungsgemäß zur Kenntnis gebracht wird und keine bloß zufällige Kenntnisnahme vorliegt. Auf den Standort des Mediums (z.B. des Internet-Servers) kommt es nicht an.

2. Wird ein Warenangebot über das Internet verbreitet, so wird dadurch eine örtliche Zuständigkeit am Ort der Kenntniserlangung begründet, wenn sich dieses Angebot dort auf potentielle Kunden auswirken kann. Beim Angebot von Waren im Internet trifft das in der Regel zu, anders als etwa bei rein örtlichen, im Internet beworbenen Dienstleistungen.

Fundstelle: GuT 2009, 229-231; OLGR Rostock 2009, 663-665

KG Berlin: Irreführende Werbung mit maßkonfektionierter Kleidung

Beschl. v. 11. August 2009

- 5 W 88/09 -

UWG §§ 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 5 Abs. 2, 5a Abs. 2 UWG

1. Die werbende Bezeichnung maßkonfektionierter Bekleidung als „Maßhemd“ bei über das Internet zu beziehenden Angeboten ist jedenfalls dann nicht irreführend, wenn der Verbraucher unter diversen Stoffen, Schnitten, Farbkombinationen usw. wählen und er weiterhin eine Vielzahl seiner individuellen Körpergröße (Halsumfang, Brustumfang, Bauchumfang usw.) vorgeben kann.

2. Die werbende Bezeichnung derart maßkonfektionierter Bekleidung als „maßgeschneiderte Hemden“ ist hingegen irreführend.

KG Berlin: Zur geschäftlichen Handlung bei abwertender Äußerung eines Apothekers über ein Pharma-Unternehmen in einem Leserbrief; Zur Verunglimpfung und Herabsetzung in diesem Kontext

Beschl. v. 18. August 2009

- 5 W 95/09 -

UWG §§ 2 Abs. 1 Nr. 1; 4 Nr. 7; GG Art. 5 Abs. 1

1. Es kann schon an einer geschäftlichen Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG n. F. fehlen, wenn sich ein Apotheker in einem Lesebrief einer Apotheker-Zeitung abwertend über ein Pharma-Unternehmen äußert, das einen Rabattvertrag mit einer gesetzlichen Krankenkasse geschlossen hat, wenn diese Äußerung die Gefahr einer unzureichenden Lieferfähigkeit aufzeigen soll und sie beiläufig in einer kritischen Stellungnahme zu Regressgefahren der Apotheker und geringen Einsparpotenzialen des Rabattvertrages erfolgt.

2. Es kann im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 GG an einer Verunglimpfung und Herabsetzung im Sinne des § 4 Nr. 7 UWG fehlen, wenn im vorgenannten Kontext ein Apotheker über ein Pharma-Unternehmen äußert: „Bundesweit erhält ein Garagenvertrieb mit Kartoffelpresse in Spanien den Zuschlag: K...(Firmenabkürzung des Pharma-Unternehmens).“

OLG Hamburg: Unzulässige Imagewerbung eines Herstellers von Tabakwaren bei Abbildung der Markennamen einzelner Tabakerzeugnisse ohne inhaltlichen Zusammenhang

Urt. v. 19. August 2009

- 5 U 12/08

UWG §§ 3, 4 Nr. 11

1. Nach verfassungskonformer Auslegung des § 21 a Abs. 3 S. 1 VTabakG, wonach Werbung für Tabakerzeugnisse in der Presse oder in einer anderen gedruckten Veröffentlichung verboten ist, kann es einem Tabakunternehmen nicht gänzlich verwehrt werden im Rahmen der Meinungsäußerungsfreiheit auch Imagewerbung für das Unternehmen als solches zu betreiben. Ein Verbot liegt auch dann nicht vor, wenn mit der Maßnahme eine indirekte Werbewirkung für die Erzeugnisse des Unternehmens einhergeht.

2. Die Benennung einzelner Tabakerzeugnisse sowie die Abbildung der jeweiligen Marken sind jedoch dann nicht mehr von der Meinungsäußerungsfreiheit gedeckt, wenn diese gänzlich beziehungslos zu dem übrigen Anzeigentext erfolgt und daher nicht erkennbar ist, inwieweit einzelne Tabakerzeugnisse Teil der Meinungsäußerung sein sollten.

3. Die Benennung der Produkte sowie die Abbildung der Marken erfolgt insbesondere dann beziehungslos, wenn diese farblich von dem übrigen Text getrennt ist und auch inhaltlich kein Zusammenhang zu erkennen ist.

OLG Hamburg: Unzulässige Imagewerbung eines Herstellers von Tabakwaren bei Nennung einzelner Produktmarken

Urt. v. 19. August 2009

- 5 U 11/08 -

UWG § 4 Nr. 11

Die Nennung von Zigarettenmarken ist im Hinblick auf die verfassungskonforme Auslegung des § 21a Abs. 3 S. 1 VTabakG, nicht von der Meinungsäußerungsfreiheit gedeckt, wenn zwischen dem Text der Anzeige, in Form einer Imagewerbung für das Tabakunternehmen, und der Benennung der einzelnen Marken kein inhaltlicher Zusammenhang besteht. Eine Rechtfertigung erfolgt auch dann nicht, wenn die Nennung in sehr kleiner Schrift erfolgt und sich in einer Art Fußnote am Ende der Anzeige befindet. (red. Leitsätze)

OLG Karlsruhe: Erstattungsfähigkeit von Detektivkosten bei der Feststellung von Wettbewerbsverstößen

Urt. v. 23.9.2009

- 6 U 52/09 -

UWG §§ 4 Nr. 11, 9

1. Die Erstattungsfähigkeit von Detektivkosten kommt in Betracht, wenn der konkrete Verdacht besteht, dass der in Anspruch Genommene, Wettbewerbsverstöße begeht und der Geschädigte die vom Detektiv getroffenen Feststellung nicht mit eigenen Mitteln treffen kann.

2. Der Umfang der Ersatzpflicht bestimmt sich danach, was ein vernünftiger, wirtschaftlich denkender Mensch nach den Umständen des Falles für erforderlich halten durfte.

5. KARTELLRECHT

OLG Brandenburg: Verweigerung des Zugangs zu einer Infrastruktureinrichtung durch unangemessene Zugangsbedingungen

Urt. v. 31. März 2009

- Kart U 4/08 -

GWB § 19; BGB § 314

1. Da der in § 19 Abs. 4 Ziff. 4 gesetzlich vorgesehene Zwangszutritt zu einer Infrastruktureinrichtung einen erheblichen Eingriff in die Rechte des Inhabers dieser Einrichtung darstellt, ist zu fordern, dass sich auf dem von der Einrichtung abgeleiteten Markt die den Zugang begehrende Partei und die die Einrichtung unterhaltende Partei als Wettbewerber gegenüberstehen.

3. Die Tatbestandshandlung der Verweigerung kann nicht nur darin liegen, dass der Zugang schlechterdings abgelehnt wird, sondern auch darin, dass ein unangemessen hohes Entgelt gefordert oder sonst unangemessene Bedingungen für den Zugang gestellt werden.

OLG Düsseldorf: Auslegung des § 41 GWB; Maßgeblicher Tatsachenzeitpunkt und Prüfungsumfang bei Anwendung der Bagatellmarktklausel des § 35 GWB

Beschl. v. 29. April 2009

- VI-Kart 18/07 (V) -

GWB §§ 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, 41 Abs. 2 S. 1

1. § 41 Abs. 2 Satz 1 GWB ist nicht mit Rücksicht auf Art. 7 Abs. 3 FKVO europarechtsfreundlich dahin auszulegen, dass von der Darlegung eines drohenden schweren Schadens abgesehen werden kann und lediglich nachteilige Auswirkungen genügen, um eine Befreiung vom gesetzlichen Vollzugsverbot zu erteilen.

2. Die Bagatellmarktklausel des § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB hat sowohl für die formelle als auch für die materielle Fusionskontrolle Bedeutung.

3. Als Aufgreifkriterium im Rahmen der formellen Fusionskontrolle entscheidet die Bagatellmarktklausel darüber, ob ein Unternehmenszusammenschluss der Anmelde- und Anzeigepflicht des § 39 GWB unterliegt oder das BKartA von Amts wegen ein Fusionskontrollverfahren einleiten darf.

a) Es ist in diesem Zusammenhang lediglich eine Grobsichtung vorzunehmen, bei der ausschließlich solche Märkte aussondern sind, bei denen von vornherein außer Zweifel steht, dass die Untersagungsvoraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB auf diesem Markt nicht vorliegen.

b) Maßgeblich ist dabei die Tatsachenlage im Zeitpunkt der Anmeldung (bzw. im Falle eines von Amts wegen geführten Verfahrens der Einleitung des Verfahrens). Nachträgliche Veränderungen der tatsächlichen (oder rechtlichen) Verhältnisse oder erst im Laufe des Verwaltungsverfahrens gewonnene Erkenntnisse der Kartellbehörde bleiben unberücksichtigt.

4. Die Bagatellmarktklausel hat daneben Relevanz für die materielle Fusionskontrolle. Ein Zusammenschluss kann dann nicht gem. § 36 Abs. 1 GWB kartellbehördlich untersagt werden, wenn die Fusion lediglich einen Bagatellmarkt im Sinne von § 35 Abs. 2 Nr. 2 GWB betrifft. Ob die Voraussetzungen der Bagatellmarktklausel erfüllt sind, richtet sich in diesem Zusammenhang nach der Sach- und Rechtslage, wie sie sich im Zeitpunkt der kartellbehördlichen Entscheidung bzw. der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Beschwerdegericht darstellt.

Fundstelle: WuW/E DE-R 2622-2630

LG Hannover: Beauftragung konzernzugehöriger Unternehmen bei Grosso-Vertrieb; befristete Handelsspannen-

Vereinbarung; Berufen auf Formmängel entgegen Treu und Glauben

Urt. v. 13. Mai 2009

- 21 O 6/09 -

GWB §§ 20, 34; BGB § 315

1. Entschließt sich ein Verlag, den Grosso-Vertrieb nicht ausschließlich selbst durchzuführen, sondern teilweise ein konzernzugehöriges Unternehmen und teilweise dritte Unternehmen zu beauftragen, trifft ihn die grundsätzliche Pflicht zur Gleichbehandlung der Unternehmen. Eine Benachteiligung einzelner Grosso-Unternehmen ist dann nur bei Vorliegen besonderer rechtfertigender Umstände möglich.

2. Bei einer Handelsspannenvereinbarung handelt es sich nur um eine Befristung der Vergütungsvereinbarung verbunden mit der Verpflichtung der Parteien, rechtzeitig vor dem Auslaufen der Vereinbarung im Wege von Verhandlungen die Angemessenheit der Vergütung zu überprüfen und ggf. eine Anpassung vorzunehmen. Deshalb stellt eine zeitliche Befristung der Handelsspannenvereinbarung auch keine Befristung des Presse-Grosso-Vertriebsvertrags insgesamt dar.

3. Sich 10 Jahre nach Wegfall der Formvorschrift des § 34 GWB a.F. gegenüber einem seiner Großhändler auf die Formnichtigkeit eines Vertrages zu berufen, um sich von den Bindungen dieses Vertrages zu lösen, verstößt gegen Treu und Glauben.

Fundstelle: AfP 2009, 282-286

OLG Düsseldorf: Voraussetzungen des Fortsetzungsfeststellungsinteresses gegen eine fusionskontrollrechtliche Entscheidung bei möglichem zukünftigen Fusionsvorhaben

Beschl. v. 27. Mai 2009

- VI-Kart 9/08 (V) -

GWB § 71 Abs. 2 S. 2

1. Das Feststellungsinteresse bei einer gegen eine fusionskontrollrechtliche Entscheidung gerichteten Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde besteht, wenn ein bestimmtes zukünftiges Fusionsvorhaben noch möglich erscheint und die Entscheidung über die angefochtene Fusionskontrollentscheidung für dieses bereits eine hinreichende präjudizielle Wirkung entfaltet.

2. Ein bestimmtes zukünftiges Fusionsvorhaben erscheint nicht mehr möglich, wenn

es entweder nach Lage der Dinge ganz ausgeschlossen werden kann, oder wenn es zwar theoretisch durchführbar wäre, sich aktuell jedoch keine sicheren Anhaltspunkte dafür finden lassen, dass ein solches Vorhaben tatsächlich realisiert werden könnte. Abzustellen ist dabei auf den Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung, wobei nur solche künftigen Zusammenschlussvorhaben ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse begründen können, die in dem - der angefochtenen fusionskontrollrechtlichen Entscheidung zugrunde liegenden - Prognosezeitraum in Frage kommen. Die so verstandene Möglichkeit eines künftigen Vorhabens muss von der beschwerdeführenden Partei im Rahmen des Zumutbaren und Möglichen dargelegt werden.

3. Die hinreichende präjudizielle Wirkung der angefochtenen kartellbehördlichen Entscheidung in Bezug auf künftige Zusammenschlussfälle ist besteht, wenn die beschwerdeführende Partei an ihrer durch die Amtsentscheidung vereitelten Erwerbsabsicht festhält und das Zielunternehmen jederzeit wieder zum Kauf angeboten werden kann (BGH, WuW/E DE-R 2221, 2222/2223 - Springer/ProSieben). „Jederzeit“ meint dabei den in der angegriffenen kartellbehördlichen Verfügung zugrunde gelegten Prognosezeitraum, für den die Amtsentscheidung und ihre gerichtliche Überprüfung von vornherein nur Geltung beanspruchen können.

4. Die präjudizierende Wirkung ist ferner für ein künftiges „entsprechendes“ Fusionsvorhaben anzunehmen. Das setzt voraus, dass zwischen dem zur gerichtlichen Entscheidung gestellten Streitfall und dem in Betracht kommenden zukünftigen Fusionsfall so viele fusionskontrollrechtlich relevante Parallelen bestehen, dass die Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde dem Beschwerdeführer bereits hinreichende Klarheit über die kartellrechtliche Zulässigkeit eines - zwar noch nicht konkreten, aber zumindest möglichen - zukünftigen Fusionsvorhabens verschaffen kann.

5. Maßstab für die festzustellende präjudizielle Wirkung ist die erledigte Amtsverfügung in derjenigen Gestalt und mit demjenigen (Begründungs-)Inhalt, wie sie tatsächlich ergangen ist. Unerheblich ist folglich, ob die angefochtene Amtsentscheidung auch mit anderen Gründen hätte ergehen können. Zudem ist es ohne Belang, ob sämtliche Begründungselemente der

streitgegenständlichen Amtsentscheidung zur Rechtfertigung der ausgesprochenen Entscheidung zwingend erforderlich gewesen wären. Erforderlich ist vielmehr, dass das künftige Fusionsvorhaben alle Begründungselemente aufweist, die das Amt in der angefochtenen Entscheidung als entscheidungsrelevant gekennzeichnet hat (quantitative Identität) und der künftige Fusionsfall zudem in Bezug auf seine wettbewerbsrechtlichen Wirkungen auf diese Begründungselemente hinreichend vergleichbar ist (qualitative Vergleichbarkeit)..

6. Rechtswidriges unternehmerisches Verhalten oder ein bloß theoretisch denkbare, aber tatsächlich nicht in Betracht kommende Handlungsspielraum können eine materielle Beschwerde nicht begründen.

Fundstelle: WuW/E DE-R 2630-2647

OLG Hamburg: Beweislast für die sachliche Rechtfertigung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung bzw. einer Ungleichbehandlung; zum Markt für Computerreservierungsdienstleistungen

Urt. v. 4. Juni 2009

- 3 U 203/08 -

GWB §§ 19 Abs. 1, 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1, 33 Abs. 1; EG Art. 82

1. Wendet sich ein Unternehmen, welches ein weltweites Computerreservierungssystem für die Vermittlung von Reiseleistungen anbietet, gegen die Praxis eines Luftfahrtunternehmens, konkurrierenden Computerreservierungssystemen im Rahmen eines „Vorzugspreismodells“ die für inländische Flugbuchungen benötigten Informationen zu unterschiedlichen Bedingungen zur Verfügung zu stellen, so ist der für die kartellrechtliche Beurteilung sachlich-räumlich relevante Markt der EWR-übergreifende Markt für Computerreservierungsdienstleistungen.

2. Verfügt ein Luftfahrtunternehmen auf einem dem EWR-weiten Markt für Computerreservierungsdienstleistungen vorgelagerten bzw. benachbarten Markt - etwa demjenigen für innerdeutsche Linienflüge - über eine marktbeherrschende Stellung, so kann sich diese marktbeherrschende Stellung auf den Markt für EWR-weite Computerreservierungsdienstleistungen wettbewerbsbeeinträchtigend auswirken.

3. Liegt der unterschiedlichen Behandlung von Wettbewerbern eine den Mitteln des Leistungswettbewerbs entsprechende be-

triebswirtschaftliche Kosten-Nutzen-Analyse zugrunde, so ist sie im Sinne des Art. 82 EGV, §§ 19, 20 GWB sachlich gerechtfertigt.

4. Bei der Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne des Art. 82 EG, § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB trägt der den Anspruch geltend machende Wettbewerber die Darlegungs- und Beweislast für das Fehlen der sachlichen Rechtfertigung der Beeinträchtigung. Denn der umfassende Beeinträchtigungstatbestand dieser Vorschriften ist als „offener“ Tatbestand normiert, innerhalb dessen eine Beeinträchtigung keine für einen Missbrauch sprechende Indizwirkung zukommt.

5. Wird das Unterlassungsbegehren auf das Diskriminierungsverbot im Sinne des Art. 82 EG, § 20 Abs. 1 GWB gestützt, so obliegt die Darlegungs- und Beweislast für das Bestehen einer sachlichen Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung dem marktbeherrschenden Unternehmen, denn die tatbestandsmäßige Ungleichbehandlung indiziert bereits in hinreichendem Maße das wettbewerbliche Unwerturteil.

LG Hamburg: Unbillige Behinderung durch Beendigung der Vertragsbeziehung

Beschl. v. 10. Juni 2009
- 315 O 650/08 -
GWB § 20, 33

Die Kündigung einer Vertragsbeziehung mit einem privaten Fernsehsender bezüglich der Belieferung eines Programmzeitschriftenverlags kann eine unbillige Behinderung nach §§ 33, 20 GWB darstellen.

Fundstelle: AfP 2009, 421-425

OLG München: Untersagung des Weitervertriebs über Internet-Auktionsplattformen

Urt. v. 2. Juli 2009
- U (K) 4842/08 -
GWB § 1; EG Art. 81 Abs. 1; EGV 2790/1999 Art. 4 Buchst. b

Da sich Internet-Auktionsplattformen an die Gesamtheit aller Internetnutzer richten, können die Kunden solcher Plattformen auch über andere Internet-Vertriebsformen erreicht werden. Eine

Klausel, die den Vertrieb über derartige Plattformen ausschließt, beschränkt daher nicht den Kundenkreis der jeweiligen Internethändler, und stellt daher keine der Freistellung entzogene Kernbeschränkung gemäß Art. 4 lit. b) Vertikal-VO dar.

OLG Frankfurt: Wettbewerbsbeschränkung durch einschränkende Zertifizierungsvoraussetzungen

Urt. v. 14. Juli 2009
- 11 U 68/08 (Kart) -
GWB §§ 1, 2, 33

Verlangt eine Taxizentrale als Voraussetzung für die Zertifizierung eines Taxibetriebes als „Service Taxi“, dass sich der Betrieb keiner anderen Taxizentrale zur Rufvermittlung anschließt, handelt es sich um eine Wettbewerbsbeschränkung, die nicht gem. § 2 GWB freigestellt ist.

C. PRESSEMITTEILUNGEN

I. PRESSEMITTEILUNGEN DES EUGH

zusammengestellt von
Dr. Jan Eichelberger, LL.M.oec.

Ein Ausrufezeichen kann nicht als Gemeinschaftsmarke eingetragen werden

Urteil des Gerichts erster Instanz in der Rechtssache T-75/08 und T-191/08 – JOOP! / HABM

Die in Frage stehenden Bildmarken sind nicht unterscheidungskräftig, und JOOP! hat nicht nachgewiesen, dass die Marken gemeinschaftsweit Unterscheidungskraft durch Benutzung erworben haben.

Nach der Verordnung über die Gemeinschaftsmarke¹ kann eine Marke, die keine Unterscheidungskraft hat, grundsätzlich nicht eingetragen werden. Eine solche Marke kann aber dann eingetragen werden, wenn sie durch ihre Benutzung für die Waren oder Dienstleistungen, für die sie eingetragen werden soll, Unterscheidungskraft erlangt hat.

Am 7. September 2006 meldete die JOOP! GmbH beim Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (HABM), das die Gemeinschaftsmarke verwaltet, zwei Gemeinschaftsmarken an. Bei den angemeldeten Marken handelt es sich um folgende Bildzeichen:



Der Prüfer des HABM wies die Anmeldungen mit der Begründung zurück, die angemeldeten Marken besäßen keine Unterscheidungskraft. Die von JOOP! beim HABM gegen die Entscheidungen des Prüfers eingelegten Beschwerden wurden ebenfalls zurückgewiesen, da das Amt der Ansicht war, dass die angesprochenen Verkehrskreise die Zeichen in Anbetracht der

betroffenen Waren (Schmuck, Bekleidung und damit im Zusammenhang stehende Erzeugnisse) lediglich als werbemäßige Anpreisung oder als Blickfang, nicht aber als Hinweis auf die betriebliche Herkunft dieser Waren wahrnehmen.

JOOP! erhob gegen diese Entscheidungen Klagen beim Gericht erster Instanz.

Das Gericht erinnert zunächst daran, dass eine Marke, die aus Zeichen oder Angaben besteht, die sonst als Werbeslogans, Qualitätshinweise oder Aufforderungen zum Kauf der Waren oder Dienstleistungen, auf die sich diese Marke bezieht, verwendet werden, nicht schon wegen dieser Verwendung von der Eintragung ausgeschlossen ist. Ein Zeichen, das andere Funktionen als die einer Marke im herkömmlichen Sinne erfüllt, ist jedoch nur dann unterscheidungskräftig, wenn es unmittelbar als Hinweis auf die betriebliche Herkunft der fraglichen Waren oder Dienstleistungen wahrgenommen werden kann, so dass die maßgebenden Verkehrskreise die Waren und Dienstleistungen des Markeninhabers ohne Verwechslungsgefahr von denen anderer betrieblicher Herkunft unterscheiden können.

Im vorliegenden Fall können die angemeldeten Marken nicht als geeignet angesehen werden, die betriebliche Herkunft der mit ihnen gekennzeichneten Waren zu identifizieren. Die fehlende Unterscheidungskraft ergibt sich insbesondere daraus, dass der Verbraucher, und zwar auch der in höherem Maße aufmerksame Verbraucher, nicht in der Lage ist, auf der Basis eines simplen Ausrufezeichens, das keine besondere Schriftgestaltung aufweist, sich vom Standardschriftbild nicht unterscheidet und vielmehr als bloße Anpreisung oder Blickfang wahrgenommen wird, auf die Herkunft der angemeldeten Waren zu schließen.

Ebenso wenig kann der rechteckige Rahmen, der das Ausrufezeichen der zweiten angemeldeten Marke umrandet, als ein hinreichend unterscheidungskräftiger Bestandteil angesehen werden. Denn dieser Rahmen ist als Element nachrangig und lässt die fragliche Marke wie ein Etikett aussehen. Überdies stellt es, da die bezeichneten Waren oft mit einer Etikette verkauft werden, eine in dem betreffenden Wirtschaftszweig sehr gängige Praxis dar, die Marke nach der Art eines Etiketts in ein Rechteck einzufassen.

¹ Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. 1994 L11, S. 1), ersetzt durch die Verordnung (EG) Nr. 207/2009 des Rates vom 26. Februar 2009 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. L 78, S. 1).

Was den Erwerb von Unterscheidungskraft durch Benutzung einer Marke anbelangt, erinnert das Gericht daran, dass es eine solche Verkehrsdurchsetzung erfordert, dass zumindest ein erheblicher Teil der maßgeblichen Verkehrskreise die betreffenden Waren oder Dienstleistungen aufgrund der Marke als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennt. Außerdem muss die Unterscheidungskraft der Marke durch die Benutzung vor ihrem Anmelde tag erlangt worden sein.

Zum Argument der Klägerin, dass das relevante Publikum an ihre Hauptmarke und ihr Unternehmenskennzeichen JOOP! gewöhnt sei, bemerkt das Gericht, dass die angemeldete Marke zwar auch durch ihre Benutzung als Teil der Hauptmarke der Klägerin Unterscheidungskraft erworben haben könnte.

Die von JOOP! vorgelegten Dokumente zum Beweis dafür, dass die angemeldeten Marken infolge von Benutzung in der Gemeinschaft Unterscheidungskraft erworben haben, bezogen sich nach den Feststellungen des Gerichts jedoch nur auf den deutschen Markt. Außerdem handelt es sich bei den vorgelegten Nachweisen lediglich um drei Fotos von Jeans, auf denen ein Stück Stoff oder ein Etikett angebracht ist, das ein Ausrufezeichen darstellt. Diese Beweismittel können aber offensichtlich keineswegs belegen, dass die angemeldete Marke den Verbrauchern vor dem Anmelde tag bekannt war.

Daher sind die Klagen abgewiesen worden. HINWEIS: Gegen die Entscheidung des Gerichts kann innerhalb von zwei Monaten nach ihrer Zustellung ein auf Rechtsfragen beschränktes Rechtsmittel beim Gerichtshof eingelegt werden.

Pressemitteilung Nr. 81/09

Nach Auffassung von Generalanwalt Poiares Maduro hat Google keine Markenrechte verletzt, indem sie Anzeigenkunden erlaubte, Stichwörter zu erwerben, die eingetragenen Marken entsprechen

Schlussanträge des Generalanwalts in den verbundenen Rechtssachen 236/08, C-237/08 und C-238/08 – Google France & Google Inc. ./ Louis Vuitton Malletier, Google France ./ Viaticum Luteciel, Google France ./ CNRRH, Pierre Alexis Thonet, Bruno Raboin & Tiger, Franchisenehmerin von Unicus

Google könne jedoch für die Anzeige markenverletzender Inhalte in AdWords haftbar gemacht werden.

Nach den Rechtsvorschriften über die Gemeinschaftsmarke¹ ist es dem Inhaber des Markenrechts gestattet, Dritten zu verbieten, das Zeichen in der Werbung zu benutzen.

Nach der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr² sind Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft für die im Auftrag eines Nutzers gespeicherten Informationen unter bestimmten Voraussetzungen³ von der Haftung befreit.

Google bietet Internetnutzern freien Zugang zu ihrer Suchmaschine. Geben die Nutzer Stichwörter in die Suchmaschine ein, erhalten sie eine Liste natürlicher Ergebnisse, die im Hinblick auf die Relevanz, die sie für die nach objektiven Kriterien festgelegten Stichwörter haben, ausgewählt und in einer Rangliste platziert werden.

Daneben betreibt Google das Anzeigensystem „AdWords“, mit dem Anzeigen auf Eingabe bestimmter Stichwörter neben den natürlichen Ergebnissen aufgelistet werden. Diese Anzeigen bestehen typischerweise aus einer kurzen Werbebotschaft und einem Link zur Website des Anzeigenkunden; sie werden durch ihre Platzierung und Gestaltung von den natürlichen Ergeb-

¹ Erste Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (ABl. 1989, L 40, S. 1) und Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. 1994, L 11, S. 1).

² Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“) (ABl. 2000, L 178, S. 1).

³ Die Haftung ist ausgeschlossen, wenn i) es sich um einen Dienst der Informationsgesellschaft handelt; ii) der Dienst in der Speicherung von durch einen Nutzer eingegebenen Informationen im Auftrag dieses Nutzers besteht; und iii) der Anbieter des Dienstes keine tatsächliche Kenntnis von der Rechtswidrigkeit der Informationen hat und er sich auch keiner Tatsachen bewusst ist, aus denen die Rechtswidrigkeit offensichtlich wird, und er unverzüglich tätig wird, um die Informationen zu entfernen, sobald ihm ihre Rechtswidrigkeit bekannt wird.

nissen unterschieden. Durch AdWords ermöglicht Google den Anzeigenkunden gegen Bezahlung die Auswahl von Stichwörtern, damit ihre Ads den Internetnutzern angezeigt werden, wenn sie die Stichwörter in die Suchmaschine von Google eingeben. Mit den durch AdWords erzielten Einnahmen finanziert Google seine Suchmaschine.

In Frankreich haben Inhaber von Markenrechten Gerichtsverfahren gegen Google angestrengt, in denen es darum geht, ob die Nutzung von Stichwörtern, die Marken entsprechen, in seinem Anzeigensystem AdWords rechtmäßig ist. In diesen Verfahren wurde festgestellt, dass die Suchmaschine von Google bei der Eingabe bestimmter Marken Ads für Websites anzeigten, die Nachahmungen der von der Marke erfassten Produkte oder identische oder ähnliche Produkte von Wettbewerbern anboten.

Die Cour de cassation, die in letzter Instanz über den Streitgegenstand zu entscheiden hat, hat dem Gerichtshof die Frage vorgelegt, ob Google eine Markenverletzung begangen hat, indem es Anzeigenkunden solche Stichwörter zur Auswahl bereitstellt, und ob das Unternehmen für die in AdWords aufgeführten Inhalte haftbar gemacht werden kann.

In seinen heute vorgelegten Schlussanträgen vertritt Generalanwalt Poiares Maduro die Auffassung, dass **Google keine Markenverletzung begangen habe, indem sie Anzeigenkunden in AdWords die Auswahl von Stichwörtern erlaubte, die Marken entsprechen**. Er hebt hervor, dass sich die Benutzung der Marken auf eine Auswahl von Stichwörtern beschränke, die innerhalb von AdWords stattfindet und nur Google und die Anzeigenkunden betreffe. Mit der Auswahl von Stichwörtern würden somit keine Waren oder Dienstleistungen an die Allgemeinheit vertrieben. Eine solche Nutzung könne daher nicht als Benutzung für Waren oder Dienstleistungen betrachtet werden, die mit den von den Marken erfassten identisch oder ihnen ähnlich seien. Auch die Anzeigenkunden selbst begingen keine Markenverletzung, indem sie in AdWords Stichwörter auswählten, die Marken entsprächen.

Dagegen stellt Google nach Ansicht des Generalanwalts durch die Anzeige von Ads im Rahmen der Suche nach Stichwörtern, die Marken entsprechen, eine Verbindung zwischen den Stichwörtern und den ange-

zeigten Websites her, die Waren vertreiben, die mit den von der Marke erfassten identisch oder ihnen ähnlich sind. Genau die gleiche Verbindung sieht er zwischen den Stichwörtern, die Marken entsprechen, und den Websites, die als natürliche Ergebnisse angezeigt werden.

Dem Generalanwalt zufolge **stellt jedoch auch eine solche Verbindung keine Markenverletzung dar**. Die bloße Anzeige relevanter Websites im Rahmen der Suche nach Stichwörtern reiche nämlich nicht aus, um bei den Verbrauchern eine Verwechslungsgefahr im Hinblick auf die Herkunft von Waren oder Dienstleistungen zu begründen. Den Internetnutzern sei bewusst, dass als Ergebnis einer Suche mit der Suchmaschine von Google nicht nur die Website des Markeninhabers erscheine, und manchmal werde noch nicht einmal nach dieser Website gesucht. Die Internetnutzer beurteilten die Herkunft der beworbenen Waren oder Dienstleistungen nur auf der Grundlage des Inhalts der Ads und eines Besuchs der angezeigten Websites; eine Beurteilung erfolge nicht allein aufgrund des Umstands, dass die Ads aufgrund der Eingabe von Stichwörtern, die Marken entsprechen, angezeigt würden.

Der Generalanwalt erinnert daran, dass Markenrechte nicht als klassische Eigentumsrechte angesehen werden, die den Markeninhaber berechtigen, jegliche sonstige Benutzung auszuschließen. Daher sollte **der Zugriff der Internetnutzer auf Informationen, die die Marke betreffen, nicht auf oder durch den Markeninhaber beschränkt werden**, und zwar selbst dann nicht, wenn er bekannte Marken betrifft. Viele der von den Internetnutzern durch die Eingabe von Stichwörtern aufgerufenen Websites seien vollkommen rechtmäßig und stünden im Einklang mit den gesetzlichen Vorschriften, auch wenn es sich nicht um Websites des Markeninhabers handele.

Herr Poiares Maduro lehnt auch die Vorstellung ab, dass die tatsächliche oder potenzielle Mitwirkung von Google an der Markenverletzung eines Dritten für sich genommen eine Markenverletzung darstellen soll. Statt jede mögliche Benutzung – einschließlich vieler rechtmäßiger und sogar erwünschter Benutzungen – auf der Grundlage des Markenrechtsschutzes verbieten zu können, **müssten Markeninhaber besondere Umstände geltend machen, die Googles Haftung im Zusam-**

menhang mit der rechtswidrigen Beinträchtigung ihrer Marken begründeten.

Im Ergebnis sieht der Generalanwalt in diesem Zusammenhang sowohl die Suchmaschine von Google als auch AdWords als Dienste der Informationsgesellschaft an. Diensteanbieter, die eine Haftungsfreistellung nach der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr in Anspruch nehmen möchten, sollten seines Erachtens im Hinblick auf die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen Neutralität wahren.

Während jedoch die Suchmaschine ein neutraler Informationsmittler sei, der objektive Kriterien verwende, um anhand der eingegebenen Stichwörter die relevantesten Websites aufzulisten, sei dies bei AdWords nicht der Fall, bei dem Google ein unmittelbares finanzielles Interesse daran habe, dass Internetnutzer auf die Ad-Links klickten.

Folglich sollte der Haftungsausschluss für Hosts nach der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr nicht für die in AdWords angezeigten Inhalte gelten.

Pressemitteilung Nr. 75/09

Die Bezeichnung „BUD“ kann nicht außerhalb der gemeinschaftlichen Schutzregelung als Ursprungsbezeichnung geschützt werden

Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache C-478/07 – Budějovický Budvar / Rudolf Ammersin GmbH

Sollte sich jedoch erweisen, dass die Bezeichnung „Bud“ in der Tschechischen Republik als eine einfache geografische Herkunftsangabe anerkannt ist, ist sie in Österreich nur dann geschützt, wenn sie geeignet ist, den tschechischen Verbraucher darauf hinzuweisen, dass das damit bezeichnete Produkt aus einem Gebiet oder einem Ort in der Tschechischen Republik stammt.

In der Europäischen Union soll die Verordnung zum Schutz von geografischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen¹ dem

¹ Verordnung (EG) Nr. 510/2006 des Rates vom 20. März 2006 zum Schutz von geografischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel (ABl. L 93, S. 12).

Verbraucher Gewähr dafür bieten, dass landwirtschaftliche Erzeugnisse, die mit einer nach der Verordnung eingetragenen geografischen Angabe versehen sind, aufgrund ihrer Herkunft aus einem bestimmten geografischen Gebiet bestimmte besondere Merkmale aufweisen und damit eine auf ihrer geografischen Herkunft beruhende Qualitätsgarantie bieten.

Ursprungsbezeichnungen und sogenannte „qualifizierte“ geografische Angaben sind, wenn sie die Voraussetzungen der Verordnung erfüllen, geschützt. Die Verordnung gilt dagegen nicht für die sogenannten „einfachen“ geografischen Angaben, d. h. für diejenigen, die nicht voraussetzen, dass die Erzeugnisse eine besondere Eigenschaft aufweisen oder einen gewissen Ruf haben, die sich von dem Ort ableiten, aus dem sie stammen. Der Schutz einer solchen einfachen geografischen Herkunftsangabe durch einen Mitgliedstaat kann zu einer Beschränkung des freien Warenverkehrs führen. Er kann jedoch unter bestimmten Voraussetzungen nach dem Gemeinschaftsrecht gerechtfertigt sein.

Das Handelsgericht Wien (Österreich) möchte vom Gerichtshof wissen, unter welchen Voraussetzungen die Bezeichnung „Bud“ aufgrund eines bilateralen Abkommens für in der Tschechischen Republik hergestelltes Bier geschützt werden darf.

In einem 1999 vor dem Handelsgericht eingeleiteten Verfahren möchte die tschechische Brauerei Budějovický Budvar dem Wiener Getränkevertrieb Rudolf Ammersin GmbH untersagen lassen, von der Brauerei Anheuser-Busch Inc. hergestelltes Bier unter der Marke American Bud zu vertreiben.

Budvar macht geltend, dass die Verwendung der Bezeichnung American Bud für ein Bier nicht tschechischer Herkunft gegen ein 1976 zwischen Österreich und der ehemaligen Tschechoslowakischen Sozialistischen Republik geschlossenes bilaterales Abkommen verstoße. Die Bezeichnung „Bud“ stelle eine nach diesem Abkommen geschützte Bezeichnung dar, die daher nur für tschechische Erzeugnisse verwendet werden dürfe.

Um in Erfahrung zu bringen, ob das Gemeinschaftsrecht den nach dem bilateralen Abkommen bestehenden Schutz der Bezeichnung „Bud“ zulässt, ersucht das Handelsgericht um Erläuterungen auf der Grundlage zweier verschiedener Prämissen

in Bezug auf die rechtliche Einordnung der Bezeichnung „Bud“.

Der Gerichtshof weist insoweit darauf hin, dass die Bezeichnung „Bud“ eine **einfache und mittelbare geografische Herkunftsangabe** sein könnte, also eine Bezeichnung, bei der kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen einer bestimmten Qualität, dem Ansehen oder einer anderen Eigenschaft des Erzeugnisses und seinem spezifischen geografischen Ursprung besteht; eine derartige Bezeichnung ist im Übrigen nicht als solche ein geografischer Name, sie ist aber zumindest geeignet, den Verbraucher darauf hinzuweisen, dass das damit bezeichnete Produkt aus einem bestimmten Ort, einem bestimmten Gebiet oder einem bestimmten Land stammt.

Wenn das Handelsgericht die Bezeichnung „Bud“ als einfache geografischen Herkunftsangabe qualifizieren sollte, hätte es zu prüfen, ob diese Bezeichnung nach den tatsächlichen Gegebenheiten und dem begrifflichen Verständnis, die in der Tschechischen Republik bestehen, zumindest geeignet ist, den Verbraucher darauf hinzuweisen, dass das damit bezeichnete Produkt aus einem Gebiet oder einem Ort in diesem Mitgliedstaat stammt, und in diesem Mitgliedstaat nicht zu einer Gattungsbezeichnung geworden ist. Unter diesen Voraussetzungen steht das Gemeinschaftsrecht weder einem nationalen Schutz einer solchen einfachen geografischen Herkunftsangabe noch der Erstreckung dieses Schutzes im Wege eines bilateralen Vertrags auf das Gebiet eines anderen Mitgliedstaats entgegen.

Nach Ansicht des Handelsgerichts ist die Bezeichnung „Bud“ jedoch eher als **Ursprungsbezeichnung** zu qualifizieren, die Erzeugnisse bezeichnet, die ihre Besonderheiten mit ihrem Herkunftsort verbundenen natürlichen oder menschlichen Einflüssen verdanken. Insoweit möchte das Handelsgericht wissen, ob die Gemeinschaftsverordnung zum Schutz geografischer Angaben dem Schutz der Ursprungsbezeichnung „Bud“ entgegensteht, die nicht nach dieser Verordnung angemeldet worden sei. Die Tschechische Republik habe nämlich bei ihrem Beitritt zur Europäischen Union den gemeinschaftlichen Schutz nur für drei Herkunftsangaben für Bier aus Česke Budějovice verlangt, nämlich für „Budějovické pivo“, „Českobudějovické pivo“ und „Budějovický měšťanský“, womit

ein als „Bud Super Strong“ vertriebenes Starkbier bezeichnet werde.

Der Gerichtshof antwortet in seinem heutigen Urteil, dass die **Verordnung zum Schutz von geografischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen abschließenden Charakter hat, so dass sie der Anwendung einer in Verträgen zwischen zwei Mitgliedstaaten, wie den im Ausgangsverfahren in Rede stehenden bilateralen Verträgen, vorgesehenen Schutzregelung entgegensteht, die einer nach dem Recht eines Mitgliedstaats als Ursprungsbezeichnung anerkannten Bezeichnung Schutz in einem anderen Mitgliedstaat gewährt, in dem dieser Schutz tatsächlich beansprucht wird, während diese Ursprungsbezeichnung nicht nach dieser Verordnung angemeldet worden ist.**

Pressemitteilung Nr. 71/09

Die Form des Schokoladeriegels Bounty ist nicht als Gemeinschaftsmarke eintragungsfähig
Urteil des Gerichts erster Instanz in der Rechtssache T-28/08 – Mars Inc. / HABM

Die dreidimensionale Form des Riegels besitzt keine Unterscheidungskraft, und Mars hat nicht nachgewiesen, dass die Form in der gesamten Gemeinschaft durch Benutzung Unterscheidungskraft erworben hat.

Nach der Verordnung über die Gemeinschaftsmarke¹ kann eine Marke, die keine Unterscheidungskraft hat, grundsätzlich nicht eingetragen werden. Eine solche Marke kann aber dann eingetragen werden, wenn sie durch ihre Benutzung für die Waren oder Dienstleistungen, für die die Marke eingetragen werden soll, Unterscheidungskraft erlangt hat.

Am 24. April 2003 wurde die dreidimensionale Form des Schokoladeriegels Bounty auf Antrag seines Herstellers, der Mars Inc., vom Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (HABM), das die Gemeinschaftsmarke verwaltet, als Gemeinschaftsmarke eingetragen.

¹ Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. 1994, L 11, S. 1), ersetzt durch die Verordnung (EG) Nr. 207/2009 des Rates vom 26. Februar 2009 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. L 78, S. 1).

Im Dezember 2003 beantragte der deutsche Schokoladeproduzent Ludwig Schokolade die Nichtigerklärung der Gemeinschaftsmarke, da sie keine Unterscheidungskraft besitze.

Im Oktober 2007 erklärte das HABM die Marke mit der Begründung für nichtig, dass sie nicht die erforderliche Unterscheidungskraft besitze, da ihr Aussehen nicht erheblich von den Normen und Gepflogenheiten der betroffenen Branche abweiche. Weiter war es der Ansicht, dass mit den von Mars vorgelegten Unterlagen nicht hinreichend nachgewiesen worden sei, dass die Marke für die betreffenden Waren durch Benutzung Unterscheidungskraft erworben hätte.

Mars erhob gegen diese Entscheidung Klage beim Gericht erster Instanz.

Das Gericht erinnert daran, dass eine dreidimensionale Marke, die einfach aus der Form der Ware besteht, nur eingetragen werden kann, wenn diese Form erheblich von den Normen oder Gepflogenheiten der fraglichen Branche abweicht, damit der Durchschnittsverbraucher das betreffende Produkt auf Anhieb und mit Gewissheit von denen anderer Unternehmen unterscheiden kann. Im vorliegenden Fall unterscheiden sich die angeblich unterscheidungskräftigen Merkmale des Riegels, nämlich seine abgerundeten Enden sowie die drei Pfeile oder Winkel auf seiner Oberseite, nicht hinreichend von anderen Formen, die allgemein für Schokoladeriegel verwendet werden.

Das Gericht weist weiter darauf hin, dass der Erwerb von Unterscheidungskraft durch die Benutzung der Marke voraussetzt, dass zumindest ein erheblicher Teil der maßgeblichen Verkehrskreise aufgrund der Marke erkennt, dass die betreffenden Waren oder Dienstleistungen von einem bestimmten Unternehmen stammen. Zudem muss diese Verkehrsdurchsetzung für den Teil der Gemeinschaft nachgewiesen werden, in dem die Marke ursprünglich keine Unterscheidungskraft hatte. Da weder die Marktanteile des Bounty-Riegels noch die Prozentsätze seiner Wiedererkennung in der Gemeinschaft einheitlich sind, ist es nicht möglich, von den Ergebnissen der durchgeführten Umfragen in nur sechs der fünfzehn damaligen Mitgliedstaaten, nämlich im Vereinigten Königreich sowie in Belgien, Frankreich, Deutschland, Italien und den Niederlanden, auf den übrigen Gemeinschaftsmarkt zu schließen.

Da die Form eines Bounty-Riegels nicht in der gesamten Gemeinschaft unterscheidungskräftig ist, hätte Mars zusätzliche Nachweise für die damals neun übrigen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft beibringen müssen, um zu belegen, dass die Form durch Benutzung in der gesamten Gemeinschaft Unterscheidungskraft erlangt hat.

Daher hat das Gericht die Klage abgewiesen.

Pressemitteilung Nr. 60/09 – S. dazu den Beitrag von *Bartel*, GB 2009, 287 ff. (in dieser Ausgabe)

II. PRESSEMITTEILUNGEN DES BGH

zusammengestellt von *Stephan Kunze*

Bundesgerichtshof entscheidet über Zusammenarbeit zwischen Augenarzt und Optiker

BGH Urteil vom 9. Juli 2009 – I ZR 13/07 – Brillenversorgung; OLG Celle – Urteil vom 21. Dezember 2006 – 13 U 118/06; LG Hannover – Urteil vom 16. Mai 2006 – 26 O 130/05

Der u. a. für das Wettbewerbsrecht zuständige I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hatte über die Zulässigkeit einer Zusammenarbeit zwischen einem Augenarzt aus der Region Hannover und einem Optiker aus dem Großraum Düsseldorf zu entscheiden. Der beklagte Augenarzt bietet Patienten an, sich in seiner Praxis unter ca. 60 Musterbrillenfassungen des Optikers eine Fassung auszusuchen. Der Beklagte übermittelt dann seine Messergebnisse und die Brillenverordnung dem Optiker, der die fertige Brille entweder direkt an den Patienten oder auf dessen Wunsch in die Praxis des Beklagten liefert. Dort wird der Sitz der Brille kontrolliert und ggf. korrigiert. Der Beklagte hat vorgetragen, er biete die Brillenvermittlung nur in Ausnahmefällen alten, gehbehinderten oder solchen Patienten an, die an bestimmten Erkrankungen litten oder schlechte Erfahrungen mit ortsansässigen Optikern gemacht hätten.

Nach Ansicht der Klägerin, der Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, verstößt der Beklagte mit diesem Verhalten gegen § 3 Abs. 2 und § 34 Abs. 5 der ärztlichen Berufsordnung (BOÄ). Das Landgericht Hannover hatte der Unterlassungsklage stattgegeben. Das Oberlandesgericht Celle hatte sie abgewiesen. Die Revision der Klägerin war teilweise erfolgreich und

führte zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

§ 3 Abs. 2 und § 34 Abs. 5 BOÄ sind Marktverhaltensregelungen, deren Verletzung auch wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche begründen kann. Die Klägerin kann dem Beklagten allerdings nicht allgemein verbieten, Patienten an einen bestimmten Optiker zu verweisen oder von diesem angefertigte Brillen in seiner Praxis anzupassen und abzugeben. Denn § 34 Abs. 5 BOÄ gestattet die Verweisung, wenn dafür ein hinreichender (nicht notwendig medizinischer) Grund besteht. Nach § 3 Abs. 2 BOÄ ist die Anpassung und Abgabe einer Brille durch einen Augenarzt zulässig, wenn sie notwendiger Bestandteil der ärztlichen Therapie ist.

Das Berufungsgericht hatte angenommen, es liege darin ein hinreichender Grund für die Verweisung eines Patienten an einen weit entfernten Optiker, dass Optiker die Sehschärfe selbst bestimmen und die dann angefertigte Brille von der Brillenverordnung abweichen kann. Nach dieser Ansicht könnten Augenärzte Patienten unbeschränkt an bestimmte Optiker verweisen. Der BGH ist dem nicht gefolgt. Der Augenarzt kann auf andere Weise verhindern, dass der Optiker Brillengläser herstellt, die in der Stärke von der ärztlichen Verordnung abweichen. Folge man dem Oberlandesgericht, komme dem Verweisungsverbot überhaupt keine Bedeutung mehr zu, weil die Möglichkeit niemals ausgeschlossen werden könne, dass der Optiker von der Verordnung abweichende Gläser herstellt.

Die Klägerin hat geltend gemacht, dass bereits die von dem Beklagten vorgelegten Erklärungen seiner Patienten keine hinreichenden Gründe für eine Verweisung an einen bestimmten Optiker erkennen ließen. Danach finden es die meisten Patienten lediglich bequemer, alle Leistungen "aus einer Hand" zu erhalten. Soweit sich einzelne Patienten auf schlechte Erfahrungen mit einem örtlichen Optiker berufen, wird nicht deutlich, weshalb nicht die Dienste anderer örtlicher Optiker in Anspruch genommen werden könnten.

Der BGH konnte auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts auch nicht annehmen, dass der Beklagte nur dann Brillen abgeben und angepasst hat, wenn dies notwendiger Bestandteil seiner ärztlichen Therapie i. S. von § 3 Abs. 2 BOÄ war. Auch insofern konnte die Kläge-

rin auf die vom Beklagten vorgelegten Patientenbescheinigungen verweisen, denen zu entnehmen ist, dass einzelne Patienten aus Bequemlichkeit alle Leistungen aus einer Hand erhalten möchten. Dies macht die Anpassung und Abgabe der Brille noch nicht zum Bestandteil ärztlicher Therapie.

Da das Berufungsgericht zu diesem Parteivorbringen noch keine Feststellungen getroffen hat, wurde die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

§ 3 Abs. 2 BOÄ der Ärztekammer Niedersachsen

Dem Arzt ist untersagt, im Zusammenhang mit der Ausübung seiner ärztlichen Tätigkeit Waren und andere Gegenstände abzugeben oder unter seiner Mitwirkung abgeben zu lassen sowie gewerbliche Dienstleistungen zu erbringen oder erbringen zu lassen, soweit nicht die Abgabe des Produkts oder die Dienstleistung wegen ihrer Besonderheiten notwendiger Bestandteil der ärztlichen Therapie sind.

§ 34 Abs. 5 BOÄ der Ärztekammer Niedersachsen

Dem Arzt ist nicht gestattet, Patienten ohne hinreichenden Grund an bestimmte Apotheken, Geschäfte oder Anbieter von gesundheitlichen Leistungen zu verweisen.

Pressemitteilung Nr. 147/2009

Bundesgerichtshof entscheidet über Versandkosten in Preisvergleichslisten

BGH Urteil vom 16. Juli 2009 – I ZR 140/07 – Versandkostenangabe in Preisvergleichslisten; LG Hamburg, Urteil vom 16. Januar 2007 416 O 339/06; OLG Hamburg, Urteil vom 25. Juli 2007 5 U 10/07 Karlsruhe, den 17. Juli 2009

Der unter anderem für das Wettbewerbsrecht zuständige I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat in einer gestern verkündeten Entscheidung zu der Frage Stellung genommen, ob ein Versandhändler, der Waren über eine Preissuchmaschine (Preisvergleichsliste) im Internet bewirbt, dabei auch auf beim Erwerb der Waren hinzukommende Versandkosten hinweisen muss.

Nach der Preisangabenverordnung ist ein Händler verpflichtet anzugeben, ob neben dem Endpreis der Ware zusätzliche Liefer- und Versandkosten anfallen. Gegebenenfalls hat er deren Höhe bzw. Berechnungsgrundlage anzugeben. Diese Angaben müssen der Werbung eindeutig zugeordnet sowie leicht erkennbar und deutlich lesbar

oder sonst gut wahrnehmbar gemacht werden.

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatte ein Unternehmen, das Elektronikprodukte über das Internet vertreibt, seine Waren in die Preissuchmaschine "froogle.de" eingestellt. Der dort für jedes Produkt angegebene Preis schloss die Versandkosten nicht ein. Erst wenn die Warenabbildung oder der als elektronischer Verweis gekennzeichnete Produktname angeklickt wurde, wurde man auf eine eigene Seite des Anbieters geführt, auf der neben dem Preis des Produkts die Versandkosten angegeben waren. Ein Mitbewerber hat den Versandhändler deswegen auf Unterlassung in Anspruch genommen. Landgericht und Oberlandesgericht Hamburg haben der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung damit begründet, dass das bei der bestandenen Werbung mögliche Anklicken der Warenabbildung und des Produktnamens keinen "sprechenden Link" darstelle, der dem Verbraucher eindeutig vermittele, dass er über ihn weitere Informationen zu den Versandkosten abrufen könne.

Der Bundesgerichtshof hat die Revision des Versandhändlers zurückgewiesen. Bei Preisangaben in Preisvergleichslisten müsse der Verbraucher auf einen Blick erkennen können, ob der angegebene Preis die Versandkosten enthalte oder nicht. Denn die Aussagekraft des Preisvergleichs, der üblicherweise in einer Rangliste dargestellt werde, hänge von dieser wesentlichen Information ab. Unter diesen Umständen sei es nicht ausreichend, wenn der Interessent erst dann, wenn er sich mit einem bestimmten Angebot näher befasse, auf die zusätzlich anfallenden Versandkosten hingewiesen werde.

Pressemitteilung Nr. 157/2009

Bundesgerichtshof: Legosteine als Marke gelöscht

Beschlüsse vom 16. Juli 2009 – I ZB 53/07 und 55/07 – Legosteine Bundespatentgericht, Beschlüsse vom 2. Mai 2007 – 26 W (pat) 80/05 und 26 W (pat) 82/05 Karlsruhe, den 17. Juli 2009

Der unter anderem für das Markenrecht zuständige I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat gestern über die Rechtsbeständigkeit der Eintragung eines Legosteins als Marke entschieden.

Ein Legostein mit der typischen Noppenanordnung auf der Oberseite war vom Deut-

schen Patent- und Markenamt im Jahre 1996 als dreidimensionale Marke für die Ware "Spielbausteine" eingetragen worden. Dagegen richteten sich mehrere Löschanträge, weil nach Meinung der Antragsteller die dreidimensionale Marke nicht hätte eingetragen werden dürfen.

Der Bundesgerichtshof hat die vom Bundespatentgericht ausgesprochene Löschung der Marke bestätigt. Er hat angenommen, dass der Legostein von der Eintragung als dreidimensionale Marke nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ausgeschlossen ist. Nach dieser Bestimmung sind Zeichen dem Markenschutz nicht zugänglich, wenn sie ausschließlich aus einer Form bestehen, die zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich ist. Der Vorschrift des § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG liegt der Rechtsgedanke zugrunde, dass im Allgemeininteresse Formen vom Markenschutz freigehalten werden müssen, deren wesentliche Merkmale eine technische Funktion erfüllen.

Der Bundesgerichtshof ist davon ausgegangen, dass für die Frage der Eintragung des Spielbausteins als Marke ausschließlich auf die Klemmnoppen auf der Oberseite des Spielsteins abzustellen ist. Die quaderförmige Gestaltung des Steins kann für den Markenschutz nicht berücksichtigt werden, weil es sich um die Grundform der Warengattung handelt, die nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG nicht geschützt werden kann. Die Noppen auf der Oberseite des Spielsteins haben ausschließlich eine technische Funktion. Sie sind im Zusammenwirken mit der Gestaltung der Innenseite des Spielsteins Teil des für Lego typischen Klemmsystems. Über weitergehende nicht technische Gestaltungsmerkmale verfügt der Legobaustein nicht. Die technischen Bestandteile des Spielsteins müssen aber im Interesse der Wettbewerber vom Markenschutz freigehalten werden.

Pressemitteilung Nr. 158/2009

III. PRESSEMITTEILUNGEN DER INSTANZGERICHTE

zusammengestellt von Carsten Johné

OLG Frankfurt: Verbot der Doppelpartnerschaft bei Taxizentralen wettbewerbswidrig

Urteil vom 14.7.2009 – 11 U 68/08 (Kart)

Mit einem Urteil vom 14.7.2009 hat der Kartellsenat des Oberlandesgerichts Frank-

furt am Main (OLG) die Geschäftspraxis einer Frankfurter Taxizentrale, den ihr angeschlossenen Taxiunternehmen die gleichzeitige Rufvermittlung durch andere Taxizentralen zu verwehren, für wettbewerbswidrig erklärt.

Die Verfügungsbeklagte (Beklagte) betreibt zwei Taxizentralen, denen ca. 350 Taxis in Frankfurt am Main angeschlossen sind. Für eine der von ihr betriebenen Zentralen führte die Beklagte die Zertifizierung "Service Taxi" ein, mit der ein verbesserter Qualitätsstandard verbunden ist. Von den anschlusswilligen Taxi-Unternehmern verlangte sie unter Androhung einer Vertragsstrafe, dass diese keine Rufvermittlungsleistungen anderer Taxizentralen in Anspruch nehmen.

Der Verfügungskläger (Kläger), der ebenfalls eine Taxizentrale in Frankfurt am Main betreibt, wandte sich mit einem Antrag auf einstweilige Verfügung gegen das von der Beklagten vereinbarte Verbot der Doppelpartnerschaft.

Das zunächst angerufene Landgericht Frankfurt am Main verbot der Beklagten daraufhin mit Urteil vom 24.9.2008, in ihren Verträgen Klauseln zu verwenden, nach denen

Partnervereinbarungen mit anderen Taxizentralen verboten sind, oder die Zertifizierung als "Service Taxi" hiervon abhängig zu machen.

In der Berufung bestätigte das OLG nunmehr im Wesentlichen das Urteil des Landgerichts. Die Praxis der Beklagten, für die Zertifizierung als "Service Taxi" eine Inanspruchnahme anderer Taxizentralen – außer ihrer eigenen – auszuschließen, führe zu einer spürbaren Verhinderung des Wettbewerbs. Soweit sich die Beklagte zur Begründung der Maßnahme darauf berufe, diese sei zur Sicherung des Qualitätsstandards bei "Service Taxis" unerlässlich, erscheine dies nur vorgeschoben. Der tatsächliche Grund für die Beschränkung – so das OLG – dürfe vielmehr darin liegen, dass die Beklagte die von Wettbewerbern betriebenen Taxizentralen nicht an den Umsatzvorteilen durch die mit der Zertifizierung verbundenen verbesserten Qualitätsstandards teilnehmen lassen wolle.

Wettbewerbsrechtlich gleichermaßen unzulässig seien auch die Vertragsklauseln, mit denen die Beklagte angeschlossenen Taxiunternehmen zur Durchsetzung des Dop-

pelvermittlungsverbots eine Vertragsstrafe angedroht habe.

Die Entscheidung ist rechtskräftig.

Pressemitteilung vom 30.07.2009 [Link](#)

OLG Köln: Oberlandesgericht verbietet Theaterinszenierung mit Kinski-Zitaten – Erben obsiegen

Urteil vom 31.07.2009 – 6 U 52/09

Der für Urheberrechtssachen zuständige 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln hat mit Urteil vom 31.07.2009 eine unabhängige Kölner Theaterinszenierung mit Klaus-Kinski-Zitaten untersagt. Die beklagten Künstler, ein Regisseur und ein Schauspieler aus Köln, haben es danach zu unterlassen, das Stück "Kinski – Wie ein Tier in einem Zoo" aufzuführen und/oder aufführen zu lassen, solange darin bestimmte Texte und Interviewäußerungen von Klaus Kinski verwendet werden. Außerdem haben sie den Erben Klaus Kinskis darüber Auskunft zu erteilen, welche Einnahmen mit dem Stück erzielt worden sind und müssen die aus der Urheberrechtsverletzung resultierenden Schäden ersetzen. Das anderslautende Urteil des Landgerichts Köln, das die Klage noch abgewiesen hatte, wurde entsprechend abgeändert (Aktenzeichen 6 U 52/09).

Das Theaterstück enthält zahlreiche, teilweise abgewandelte Texte aus den von Klaus Kinski verfassten Büchern "Jesus Christus Erlöser" und "Ich brauche Liebe", der Sammlung von ihm verfasster Gedichte "Fieber" sowie Äußerungen Klaus Kinskis in einem Interview mit der Zeitschrift "Stern" und in einer Talkshow des WDR. Die übernommenen Passagen machen ca. ein Drittel des Ein-Mann-Theaterstücks aus, das eine Gesamtlänge von etwa 50 Minuten hat.

Die Ex-Frau des 1991 gestorbenen Kinski, Minhoi Laonic, und der gemeinsame Sohn Nikolai Kinski des Schauspielers hatten geltend gemacht, die Aufführung verletze die von ihnen gehaltenen Urheberrechte Kinskis. Die beklagten Künstler hatten die Vorwürfe zurückgewiesen und argumentiert, die Nutzung der Zitate sei im Rahmen einer freien Bearbeitung legitim.

Anders als das Landgericht, das die Nutzung und Bearbeitung der Zitate als ein zulässiges Mittel künstlerischer Gestaltung angesehen hatte, gehen die Richter des Oberlandesgerichts von einer Verletzung des Urheberrechts an den Werken Klaus

Kinskis aus, das seiner Ex-Frau und seinem Sohn als Erben zustehe. Nach dem Inhalt der Urteilsbegründung haben die Künstler durch die öffentliche Aufführung des Theaterstückes eine Verwertung des Werkes vorgenommen, zu der sie nicht berechtigt gewesen seien. Als bloßes Zitat im Sinne des Urheberrechtsgesetzes sei die Verwertung nicht erlaubt, da die von Klaus Kinski stammenden Passagen in dem Theaterstück nicht kenntlich gemacht, sondern mit dem übrigen Text verwoben und damit als eigene geistige Schöpfung ausgegeben worden seien. Das Theaterstück stelle sich auch nicht als zulässige freie Bearbeitung des Werkes von Klaus Kinski in dem Sinne dar, dass angesichts der besonderen Eigenart und Selbständigkeit des neuen Werkes die Individualität des geschützten älteren Werkes verblasste. Angesichts der nur geringen Änderungen der benutzten Kinski-Passagen könne von einer freien Bearbeitung durch die Kölner Künstler keine Rede sein. Der notwendige Abstand zum Ursprungswerk werde nicht erreicht, das Original bleibe ohne weiteres erkennbar. Ein neuer Sinn werde dem Werk Kinskis auch nicht dadurch beigelegt, dass die Zitate in eine andere Reihenfolge und einen anderen Zusammenhang gebracht würden. Es sei auch kein innerer Abstand zum Altwerk hergestellt worden, etwa durch das Mittel der Parodie oder durch die Schaffung einer neuen Werkform. Beim Vergleich der Aussagen Kinskis und dem Theaterstück ergäben sich keine derart ausgeprägten Unterschiede, dass von einem selbständigen Werk mit dem hierfür erforderlichen inneren Abstand ausgegangen werden könnte. Entgegen der Behauptung der Künstler ließe das Stück auch nicht erkennen, dass die Person Klaus Kinskis lediglich exemplarisch herangezogen werde. Vielmehr vermittele es eher den Eindruck, dass es das Ungewöhnliche, Beispiellose der Person Klaus Kinskis darstelle. Wegen der Verletzung des Urheberrechts haften die Künstler auf Schadenersatz, dessen Höhe aber noch nicht feststeht. Die Revision gegen das Urteil wurde vom Senat nicht zugelassen; die beklagten Künstler können allerdings binnen eines Monats nach Zustellung des Urteils Nichtzulassungsbeschwerde zum Bundesgerichtshof erheben.

Pressemitteilung vom 05.08.2009 [Link](#)

OLG Düsseldorf

Urteil vom 11.08.2009 - I-20 U 120/08

Der 20. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf hat mit Urteil vom 11.8.2009 auf Antrag der Firma Thonet GmbH, Frankenberg, einem italienischen Möbelunternehmen untersagt, Nachbildungen des von Mart Stam im Jahr 1926 geschaffenen Freischwingers zu vertreiben und hierfür zu werben.

Die klagende Firma Thonet GmbH besitzt die Nutzungs- und Vertriebsrechte für den nachstehend abgebildeten, von Mart Stam im Jahr 1926 entworfenen und 1927 auf der Werkbund-Ausstellung auf dem Weißenhof in Stuttgart ausgestellten Freischwinger:



Das beklagte italienische Unternehmen hatte auf der IMM Cologne 2007 den nachfolgend abgebildeten Stuhl ausgestellt und zum Verkauf angeboten:



Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat festgestellt, dass der Mart-Stam-Stuhl als Werk der bildenden Kunst weiterhin urheberrechtlich geschützt sei. Der auf der Mö-

belmesse angebotene Stuhl stelle eine unzulässige Nachbildung dar.

Der Gesamteindruck des nachgebildeten Stuhls stimme mit dem Ursprungswerk überein. So werde die Strenge und Einheitlichkeit der Linienführung sowie die Würfelform des Originals übernommen. Es sei hierbei unerheblich, ob der Querschnitt des Strahlrohrs rund (Original) oder rechteckig (Nachbildung) sei. Der Gesamteindruck werde auch nicht dadurch beeinträchtigt, dass das Stahlrohr bei dem Original umlaufend, das Stahlrohr bei der Nachbildung an der Rückenfläche ende. Auch die leichte Neigung der Rückenlehne nach hinten bei der Nachbildung stelle die Grundform nicht in Frage. Der Urheberrechtsschutz entfalle auch nicht deshalb, weil hinterbeinlose Bodengestelle bei Stahlrohrmöbeln heute ein allgemeines Stilelement seien.

Das Reichsgericht hatte sich bereits 1932 und der Bundesgerichtshof 1961 und 1981 mit Unterlassungsklagen in Zusammenhang mit dem Mart-Stam-Stuhl befasst und einen weitreichenden Urheberrechtsschutz bejaht (vgl. Urteil des Bundesgerichtshofes vom 27.5.1981, Aktenzeichen I ZR 102/79 „Stahlrohrstuhl II“, Zeitschrift für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, 1981, Seite 820). Der Oberste Gerichtshof in Österreich hatte hingegen am 19.12.1989 für Österreich einen vergleichbaren Urheberrechtsschutz für den Mart-Stam-Stuhl verneint (Zeitschrift für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht – Auslands- und Internationaler Teil, 1992, Seite 465).

Der 20. Zivilsenat des Oberlandesgerichts hat die Revision zum Bundesgerichtshof nicht zugelassen. Die Beklagte kann binnen einen Monats gegen die Entscheidung Nichtzulassungsbeschwerde einlegen.

Pressemitteilung vom 24.08.2009 [Link](#)

IV. PRESSEMITTELUNGEN DES BUNDESMINISTERIUMS FÜR JUSTIZ

zusammengestellt von Carsten Johnne

Bundestag verbessert den internationalen Designschutz

Der Deutsche Bundestag hat heute zwei Gesetze zum internationalen Designschutz verabschiedet. Mit den Gesetzen werden das Designrecht (das sogenannte Geschmacksmusterrecht) international auf

den neusten Stand gebracht und die Voraussetzungen für die Ratifikation der Genfer Akte geschaffen. Die Genfer Akte modernisiert das Haager Abkommen über die internationale Eintragung gewerblicher Muster und Modelle.

"Für die Unternehmen in Deutschland ist es wichtig, dass wir den internationalen Schutz von Designrechten verbessern. Gerade für kleine und mittlere Unternehmen spielen Geschmacksmusterrechte eine große Rolle. Die Unternehmen in Deutschland haben die Möglichkeit, durch eine einzige Anmeldung bei der Weltorganisation für geistiges Eigentum, der WIPO, Schutz für Geschmacksmuster in mehreren Staaten gleichzeitig zu erlangen. Das ist erheblich einfacher und kostengünstiger als eine Registrierung in jedem dieser Staaten", erklärte Zypries in Berlin. "Mit den neuen Gesetzen schaffen wir die Voraussetzungen, um den territorialen Schutzzumfang internationaler Registrierungen von Geschmacksmustern bei der WIPO erheblich zu erweitern. Gleichzeitig modernisieren wir das Verfahren für internationale Registrierungen beim Deutschen Patent- und Markenamt. So kommt ein Anmelder schneller und einfacher zu einem international geschützten Geschmacksmuster. Diese Novellierung kommt insbesondere der Designwirtschaft zu Gute. Die internationale Registrierung wird wesentlich attraktiver."

Das Haager Abkommen schafft die Möglichkeit, über eine einzige Anmeldung bei der WIPO Schutz für Geschmacksmuster in einem oder mehreren Mitgliedstaaten zu erlangen. Deutschland hat das bereits das Haager Abkommen von 1925 und die - das Haager Abkommen revidierenden und neben diesem geltenden - Londoner und Haager Fassungen von 1934 und 1960 (Londoner und Haager Akte) - ratifiziert. Die Genfer Akte enthält eine weitere Revision. Mit der Anmeldung können neben einzelnen Ländern nun auch bestimmte internationale Organisationen benannt werden, auf die sich der Schutz erstrecken soll. So kann künftig durch eine Benennung der Europäischen Gemeinschaft, die der Genfer Akte bereits beigetreten ist, ein Schutz in allen Mitgliedstaaten erreicht werden.

Das Geschmacksmustergesetz wird um einen Abschnitt ergänzt, der den Schutz gewerblicher Muster und Modelle nach dem Haager Abkommen in allen drei Fassungen

regelt. Bisher enthielten weder das Geschmacksmustergesetz noch andere Gesetze hierzu Vorschriften. Es finden sich vorrangig Bestimmungen darüber, wie internationale Eintragungen eingereicht werden können und welche Wirkungen die Eintragung hat. Auch die Erklärung der Schutzverweigerung sowie die Möglichkeit der Schutzentziehung werden in dem neuen Abschnitt geregelt. Insbesondere erhalten Anmelder jetzt erstmals die Möglichkeit, eine Anmeldung nach dem Haager Abkommen auch über das Deutsche Patent- und Markenamt einzureichen. Dies stellt für den Anmelder eine Vereinfachung dar. Bisher war nur eine direkte Anmeldung bei der WIPO in Genf möglich. Durch die Neuregelungen werden zudem die Bestimmungen über die Rechtsverordnungs-ermächtigung des Bundesministeriums der Justiz angepasst und das Patentkostengesetz für den Fall der Weiterleitung einer internationalen Anmeldung durch das Deutsche Patent- und Markenamt entsprechend ergänzt.

Pressemitteilung vom 18.06.2009 [Link](#)

Gesetz gegen unerlaubte Telefonwerbung in Kraft: Verbraucherschutz verbessert

Am 4. August 2009 tritt das Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen in Kraft. Das Gesetz verbietet Werbeanrufe bei Verbrauchern, wenn diese nicht vorher ausdrücklich ihre Einwilligung erklärt haben. Werbeanrufer dürfen ihre Telefonnummer nicht mehr unterdrücken. Verstöße gegen diese Verbote können ab dem 4. August 2009 - anders als bisher - mit empfindlichen Geldbußen geahndet werden. Zudem werden die Widerrufsrechte von Verbraucherinnen und Verbrauchern bei telefonischen Vertragsschlüssen erweitert. "Wir schützen Verbraucherinnen und Verbraucher wirksamer vor unerlaubter Telefonwerbung. Bürgerinnen und Bürger können jetzt von den Verbesserungen im Verbraucherschutz durch das Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen profitieren. Schwarzen Schafen in der Branche drohen empfindliche Sanktionen, wenn sie Verbraucherinnen und Verbraucher mit unerwünschten Anrufen behelligen und ein

jeder kann sich besser gegen untergeschoebene Verträge wehren!" freut sich Bundesjustizministerin Brigitte Zypries.

Telefonwerbung hatte sich in den letzten Jahren zu einem großen Ärgernis entwickelt. Bürgerinnen und Bürger wurden mit Werbeanrufen überhäuft und in vielen Fällen auch mit unseriösen Methoden zu Verträgen überredet, die sie gar nicht haben wollten. Über die bereits geltende Regelung, dass Telefonwerbung der Einwilligung der Verbraucher bedarf, haben sich viele Firmen einfach hinweggesetzt.

Ein besserer Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher war geboten. Dieser wird nunmehr mit dem Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen erreicht.

Im Einzelnen sieht das neue Gesetz folgende Verbesserungen für die Verbraucher vor:

- Verstöße gegen das bestehende Verbot der unerlaubten Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern können künftig mit einer Geldbuße bis zu 50.000 Euro geahndet werden. Außerdem wird im Gesetz klargestellt, dass ein Werbeanruf nur zulässig ist, wenn der Angerufene vorher ausdrücklich erklärt hat, Werbeanrufe erhalten zu wollen. So wird verhindert, dass sich Anrufer auf Zustimmungserklärungen berufen, die der Verbraucher in einem völlig anderen Zusammenhang oder nachträglich erteilt hat.

- Bei Werbeanrufen darf der Anrufer seine Rufnummer nicht mehr unterdrücken, um seine Identität zu verschleiern. Viele unerwünschte Werbeanrufe werden bislang nicht verfolgt, weil sich nicht feststellen lässt, wer angerufen hat. Denn die Unternehmen machen in der Regel von der Möglichkeit Gebrauch, ihre Rufnummer zu unterdrücken. Dies wird nun durch das Telekommunikationsgesetz (TKG) verboten. Bei Verstößen gegen das Verbot der Rufnummernunterdrückung droht eine Geldbuße bis zu 10.000 Euro.

- Verbraucherinnen und Verbraucher bekommen mehr Möglichkeiten, Verträge zu widerrufen, die sie am Telefon abgeschlossen haben. Verträge über die Lieferung von Zeitungen, Zeitschriften und Illustrierten sowie über Wett- und Lotteriedienstleistungen können künftig widerrufen werden so wie es heute schon bei allen anderen Verträgen möglich ist, die Verbraucher am Telefon abgeschlossen haben.

In diesen Bereichen kommt es besonders zu unerlaubter Telefonwerbung, um Verbraucher zu einem Vertragsabschluss zu bewegen. Bislang gibt es hier kein Widerrufsrecht (§ 312d Absatz 4 Nummer 3 und 4 BGB). Diese Ausnahmen werden beseitigt. Es kommt für das Widerrufsrecht nicht darauf an, ob der Werbeanruf unerlaubt war. Die Vorschrift ermöglicht einen Widerruf, aus welchen Gründen auch immer.

Wenn der Verbraucher den Vertrag fristgerecht widerrufen hat, braucht er ihn nicht zu erfüllen. Die Widerrufsfrist beträgt abhängig von den Umständen des Einzelfalles - zwei Wochen oder einen Monat und beginnt nicht, bevor der Verbraucher eine Belehrung über sein Widerrufsrecht in Textform (etwa als E-Mail oder per Telefax) erhalten hat. Bei unerlaubten Werbeanrufen beträgt die Frist regelmäßig einen Monat.

- Der Schutz vor untergeschobenen Verträgen, einschließlich der so genannten Kostenfallen im Internet, wird verbessert: Wenn der Verbraucher über sein Widerrufsrecht nicht in Textform belehrt wurde, kann er Verträge über Dienstleistungen, die er am Telefon oder im Internet abgeschlossen hat, künftig widerrufen. Bislang gibt es in solchen Fällen kein Widerrufsrecht mehr, wenn der Unternehmer mit der Ausführung der Dienstleistung mit ausdrücklicher Zustimmung des Verbrauchers begonnen oder der Verbraucher die Ausführung selbst veranlasst hat. Unseriöse Unternehmer haben diese Regelung gezielt ausgenutzt, um Verbrauchern am Telefon oder im Internet Verträge unterzuschieben. Diesem Verhalten entzieht das Gesetz die Grundlage. Widerruft der Verbraucher einen solchen Vertrag, muss er die bis dahin vom Unternehmer erbrachte Leistung nur dann bezahlen, wenn er vor Vertragsabschluss auf diese Pflicht hingewiesen worden ist und er dennoch zugestimmt hat, dass die Leistung vor Ende der Widerrufsfrist erbracht wird. Das Unterschreiben von Verträgen wird damit wirtschaftlich uninteressant, weil Unternehmen auf eigenes Risiko leisten.

Beispiele:

Ein unseriöses Unternehmen bietet im Internet die Erstellung eines ganz persönlichen Horoskops an. Nur aus dem Kleingedruckten ergibt sich, dass dafür bezahlt werden muss; die Gestaltung der Webseite

erweckt den gegenteiligen Eindruck. Eine Belehrung über das Widerrufsrecht erfolgt nicht. Deshalb gibt der Verbraucher auch ohne Bedenken seine persönlichen Daten (Name, Anschrift, Geburtsdatum usw.) ein. Eine Woche später erhält er eine Rechnung über 100 Euro. Erst jetzt wird ihm klar, einen entgeltspflichtigen Vertrag geschlossen zu haben.

Künftig kann der Verbraucher seine Vertragserklärung noch solange widerrufen, wie er nicht vollständig bezahlt hat. Wenn ihn das Unternehmen vor Abgabe seiner Erklärung nicht darauf hingewiesen hat, dass er bei einem Widerruf für die bis dahin erbrachte Leistung Wertersatz zahlen muss, kann das Unternehmen nichts von ihm fordern.

oder

Ein Verbraucher wird von seinem Telefonanbieter angerufen und überredet, einen vermeintlich günstigeren Tarif mit einer Laufzeit von einem Jahr zu vereinbaren. Weder während des Telefonats noch später belehrt der Telefonanbieter den Verbraucher über sein Widerrufsrecht und über die Verpflichtung, im Falle des Widerrufs für bis dahin erbrachte Leistungen Wertersatz zahlen zu müssen. Der Verbraucher nutzt sein Telefon wie gewohnt weiter, stellt aber erst anhand der nächsten drei Monatsrechnungen fest, dass der vermeintlich günstigere Tarif tatsächlich teurer ist. Nach der Neuregelung kann der Verbraucher dann seine Vertragserklärung noch widerrufen.

Außerdem bedarf die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses oder die Vollmacht dazu im Fall des Anbieterwechsels zukünftig der Textform, wenn der neue Anbieter gegenüber dem bisherigen Vertragspartner des Verbrauchers auftritt. Hierdurch wird verhindert, dass ein neuer Anbieter den Vertrag des Verbrauchers mit seinem bisherigen Anbieter ohne entsprechenden Auftrag des Verbrauchers kündigt. Hierzu ist es durch unseriöse Anbieter von Telefondienstleistungen häufiger gekommen.

Beispiel: Ein Telefonanbieter überredet einen Verbraucher am Telefon zu einem Anbieterwechsel ("Sie sparen viel Geld und müssen sich um nichts kümmern"). Bisher konnte das anrufende Unternehmen gegenüber dem bisherigen Anbieter ohne

weiteres die Abwicklung übernehmen. Künftig bedarf die Kündigung des Vertragsverhältnisses zwischen dem Verbraucher und seinem bisherigen Telefonanbieter der Textform (etwa E-Mail, Telefax). Der neue Anbieter kann also nur dann auf das bestehende Vertragsverhältnis Einfluss nehmen, wenn er ein solches "Schriftstück" des Verbrauchers vorlegen kann. Den neuen Vertrag kann der nicht über sein Widerrufsrecht belehrte Verbraucher zukünftig auch dann noch widerrufen, wenn er bereits über den neuen Anbieter telefoniert hat (s. o.).

Pressemitteilung vom 03.08.2009 [Link](#)

Google Buchsuche – Zypries verteidigt Autoren und Verleger gegen Google vor US-Gericht

Auf Initiative der Bundesministerin der Justiz Brigitte Zypries wurde gestern Abend der Amicus-Curiae-Schriftsatz der Bundesregierung im Rechtsstreit um die Google Buchsuche bei dem zuständigen New Yorker Gericht eingereicht. Noch bis 4. September 2009 können Einwände und Bedenken gegen den zwischen amerikanischen Autoren- und Verlegerverbänden und Google vereinbarten Vergleich (dem sog. Google Book Settlement) vorgebracht werden. Nach dem sogenannten Fairness-Hearing am 7. Oktober, bei dem auch die Bundesregierung vertreten sein wird, entscheidet das Gericht darüber, ob der angestrebte Vergleich als fair, angemessen und vernünftig gebilligt wird und damit wirksam werden kann.

"Wir hoffen, dass das New Yorker Gericht die Billigung des Vergleichs insgesamt ablehnt oder zumindest unsere deutschen Autoren und Verleger aus der so genannten "class" herausnimmt, damit die Folgen des Vergleichs sie nicht treffen. Die deutschen Rechtsinhaber könnten dann selbst entscheiden, ob und welche Rechte sie Google einräumen", erklärte Bundesjustizministerin Brigitte Zypries in Berlin.

"Der Bundesregierung geht es vor allem darum, das Gericht über die transatlantischen Auswirkungen des Vergleichs zu informieren. Es ist keineswegs so, dass der Vergleich nur Auswirkungen in den USA hätte. Auch deutsche Rechtsinhaber und Anbieter von vergleichbaren Online-Diensten sind betroffen. Zwar darf Google nach dem Vergleich ohne Einwilligung der Rechtsinhaber nur vergriffene Bücher onli-

ne zur Verfügung stellen, und dass auch nur in den USA. Wir wissen aber alle, dass das Internet keine Grenzen kennt. Auch wenn deutsche IP-Adressen für den Zugang gesperrt sind, ist der Zugriff aus Deutschland ohne großen Aufwand möglich," so die Bundesjustizministerin weiter. "Zudem legalisiert der Vergleich das Digitalisieren von urheberrechtlich geschützten Büchern aus aller Welt. Nach dem Motto "Erst tun und dann fragen" verschafft sich Google auch in Deutschland einen erheblichen Wettbewerbsvorteil. Die digitalen Kopien werden nämlich auch zur Beantwortung von Suchanfragen aus Deutschland verwendet. Google bietet damit in Deutschland einen Service an, der nach deutschem oder europäischem Recht nur nach vorheriger Einholung der Einwilligung der Rechtsinhaber entwickelt werden kann. Andere Entwicklungen wie EUROPEANA und libreaka geraten so ins Hintertreffen."

Google hat in den USA seit 2004 ohne vorherige Zustimmung der Rechtsinhaber Bücher aus US-amerikanischen Bibliotheken gescannt: Die digitalen Kopien nutzt Google für den Aufbau einer Datenbank (sog. "Google Books"-Projekt). Unter den gescannten Büchern befindet sich auch eine Vielzahl von Büchern deutscher Autoren. Amerikanische Autoren- und Verlegerverbände haben wegen der Verletzung von Urheberrechten gegen Google geklagt. Bei dieser Klage handelt es sich um eine sog. "class action", die das deutsche Recht nicht kennt. Die Entscheidung bei einer "class action" wirkt nicht nur für die Parteien des Rechtsstreits, sondern für alle Mitglieder einer "class". Die Prozessparteien beabsichtigen, den Rechtsstreit durch einen Vergleich beizulegen. Dieser muss allerdings noch am 7. Oktober 2009 vom Gericht abschließend gebilligt werden. Der Vergleichstext sieht vor, dass Google in Zukunft die digitalisierten Werke in verschiedener Weise nutzen darf. Der sogenannte "display use" erlaubt Google den Verkauf des Online-Zugangs für Bücher in den USA, bei vergriffenen Werken sogar ohne ausdrückliche Einwilligung der Rechtsinhaber, wobei die Entscheidung, ob ein Buch vergriffen ist, letztlich Google trifft. An den Einnahmen sollen die Rechtsinhaber, die sich bei der eigens zur Abwicklung des Vergleichs eingerichteten Registrierstelle anmelden, zu 63 % beteiligt werden. Für die erfolgte Vervielfältigung der Bücher muss Google eine Vergü-

tung in Höhe von 60 USD/Buch an die Rechtsinhaber zahlen. Von diesen Regelungen sind auch die deutschen Autoren und Verleger betroffen, obwohl diese durch die klagenden Verbände nicht repräsentiert wurden.

Die Bundesregierung stellt mit dem Schriftsatz klar, dass der Vergleich ihrer Auffassung nach gegen internationale Verträge wie die Revidierte Berner Übereinkunft und den WIPO-Urheberrechtsvertrag (WCT) verstößt. Nach diesen internationalen Verträgen setzt eine Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke zwingend die vorherige Zustimmung des Rechtsinhabers voraus. Auch ist nach Ansicht der Bundesregierung weder das Gerichtsverfahren vor dem New Yorker Gericht noch der Vergleichsvorschlag wirklich repräsentativ, denn neben Google sind an diesem Verfahren nur Vereinigungen beteiligt, die ausschließlich amerikanische Autoren und Verleger repräsentieren. Die Interessen der deutschen Autoren und Verleger sind bei den Vergleichsverhandlungen daher bislang nicht vertreten worden, obwohl der Vergleich Auswirkungen auf die ganze Welt hat. Zudem würde der Vergleich Google Nutzungsrechte in einem Umfang verschaffen, die es bei ordnungsgemäßem Vorgehen niemals bekommen hätte. Derart umfassende Auswirkungen müssen - so die Bundesregierung - in einem fairen Verfahren geklärt werden, bei dem die Belange aller betroffenen Autoren und Verlage sowie die Interessen der Nutzer unter Berücksichtigung der nationalen und internationalen Auswirkungen in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden. Das könne jedoch die vergleichsweise Beilegung in einem US-amerikanischen Gerichtsverfahren nicht leisten.

Pressemitteilung vom 01.09.2009 [Link](#)

V. PRESSEMITTEILUNGEN DES BUNDESKARTELLAMTES

zusammengestellt von Carsten Johnen

Bundeskartellamt untersagt Zusammenschluss zwischen kommunalen Krankenhäusern in Hessen

Das Bundeskartellamt hat der Gesundheit Nordhessen Holding untersagt, die Gesundheitsholding Werra-Meißner zu übernehmen. Die Gesundheit Nordhessen Hol-

ding, an der die Stadt Kassel und der Landkreis Kassel beteiligt sind, betreibt im Großraum Kassel insgesamt sechs Krankenhäuser mit rd. 1.700 Planbetten, darunter das Klinikum Kassel. Der Gesundheitsholding Werra-Meißner, die im Eigentum des Landkreises Werra-Meißner steht, gehören zwei Krankenhäuser mit zusammen rd. 500 Planbetten an den Standorten Eschwege und Witzenhausen.

Das Bundeskartellamt hat nach ständiger Praxis in sachlicher Hinsicht einen Markt für Akutkrankenhäuser abgegrenzt. Dieser umfasst alle Allgemeinkrankenhäuser und Fachkliniken, nicht aber Rehabilitations- und sonstige Pflegeeinrichtungen.

In räumlicher Hinsicht hat das Bundeskartellamt den regionalen Markt Werra-Meißner-Kreis (bestehend aus den beiden Postleitzahlgebieten Witzenhausen und Eschwege) abgegrenzt. Grundlage der räumlichen Marktabgrenzung war eine umfassende Erhebung der Patientenströme bei rd. 100 Krankenhäusern in einem weiten Umkreis um die Standorte der Krankenhäuser der Zusammenschlussbeteiligten.

Der Zusammenschluss hätte zu der Verstärkung der bereits bestehenden marktbeherrschenden Stellung der Gesundheitsholding Werra-Meißner in dem betroffenen Markt geführt. Die Marktanteile hätten sich durch den Zusammenschluss auf ca. 62,5% erhöht. Für eine Verstärkungswirkung sprach, über den hohen Marktanteil hinaus, auch die Breite des Versorgungsangebotes der Gesundheit Nordhessen Holding, mit welchem das Unternehmen dem Versorgungsangebot der weiteren Wettbewerber deutlich überlegen ist. Im Rahmen der Marktermittlungen äußerten sich zahlreiche Wettbewerbskrankenhäuser kritisch zu dem geplanten Zusammenschlussvorhaben.

Die beteiligten Unternehmen äußerten die Ansicht, dass der räumlich relevante Markt deutlich größer abzugrenzen sei und neben dem Werra-Meißner-Kreis weitere Gebiete (im Wesentlichen den Raum Kassel und Umgebung) umfassen müsste. Die Ermittlungen haben jedoch ergeben, dass der Zusammenschluss selbst bei einer derart weiten Marktabgrenzung zu der Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung der Beteiligten Unternehmen geführt hätte. Das Bundeskartellamt konnte dem Vortrag der Beteiligten nicht folgen, dass durch den Zusammenschluss Verbesserungen der

Wettbewerbsbedingungen zu erwarten seien und dass diese die zu erwartenden Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen. Schließlich waren auch die von den Beteiligten unterbreiteten Zusagenvorschläge aus Sicht des Bundeskartellamtes nicht geeignet, die zu erwartende Verschlechterung der Marktstruktur auszu-schließen.

Präsident Dr. Bernhard Heitzer: „Dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) unterliegt jedes unternehmerische Handeln, dazu gehört auch das unternehmerische Handeln der öffentlichen Hand. Nach dem Gesetz ist ein Zusammenschlussvorhaben zu untersagen, wenn es – wie in dem hier vorliegenden Fall – eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken würde. Für die wirtschaftlichen Aktivitäten der öffentlichen Hand gelten diesbezüglich keine Sonderregeln. Die Bedeutung dieses Grundsatzes ist gerade dann offenkundig, wenn der Staat auf Märkten tätig ist, in denen er mit privaten Unternehmen im Wettbewerb steht.“

Die Entscheidung ist noch nicht rechtskräftig. Die Beteiligten haben die Möglichkeit, Beschwerde einzulegen.

Pressemitteilung vom 19.06.2009 [Link](#)

OLG Düsseldorf bestätigt Bundeskartellamt im Kartellbußgeldverfahren gegen Zementhersteller

Das OLG Düsseldorf hat mit Urteil vom 26. Juni 2009 gegen die fünf Zementunternehmen HeidelbergCement AG, Holcim (Deutschland) AG, Dyckerhoff AG, Lafarge Zement GmbH und Schwenk Zement KG Geldbußen wegen Quotenabsprachen in Höhe von insgesamt 328,5 Mio. EUR verhängt. Insgesamt sind von den ursprünglich verhängten Geldbußen nun knapp 400 Mio. EUR rechtskräftig bzw. vorläufig gerichtlich bestätigt.

Der 2a. Kartellsenat des OLG Düsseldorf stellte in der mündlichen Urteilsbegründung fest, dass die großen Zementhersteller über einen Zeitraum von mindestens 10 Jahren – seit 1991 – flächendeckende und intensive Quotenkartelle in ganz Deutschland praktiziert haben. Die Quotenkartelle wurden, so das Gericht, mit dem Verständnis eines konsequenten „Nichtangriffspakts“ unter Wettbewerbern und im vollen Bewusstsein der Rechtswidrigkeit ihres Tuns praktiziert.

Die Quotenabsprachen und eine Vielzahl kleinerer Einzelabsprachen seit 1991 waren vom Bundeskartellamt im Jahr 2003 mit Geldbußen in Höhe von 660 Mio. EUR sanktioniert worden.

Maßstab waren die durch das Kartell erzielten Mehrerlöse. Nach Einlegung von Rechtsmitteln und einem längeren Zwischenverfahren wurde im Dezember 2008 das gerichtliche Verfahren beim OLG Düsseldorf eröffnet. Nach einem umfangreichen Gerichtsverfahren mit 36 Verhandlungstagen, 40 vernommenen Zeugen und der Bestellung eines ökonomischen Sachverständigen für die Schätzung des durch die Kartelle erzielten Mehrerlöses traf das OLG Düsseldorf nun sein Urteil und machte deutlich, dass hier schwerwiegende Kartellrechtsverstöße vorlagen. Die verhängten Geldbußen fielen im Vergleich zu den ursprünglichen Beschlüssen des Bundeskartellamtes geringer aus. Zu der Reduktion führte nach Einschätzung des Bundeskartellamtes die Kooperation einiger der beschuldigten Unternehmen im Laufe des Verfahrens sowie v.a. auch eine vorsichtige Schätzung des vom Gericht bestellten ökonomischen Sachverständigen zu der Frage der durch die Absprachen erzielten Mehrerlöse und getroffene Sicherheitsabschläge wegen verbleibender Unsicherheiten. Darüber hinaus ergingen in geringerem Maße auch Teilfreisprüche wegen einiger nicht nachweisbarer Tatkomplexe.

Das Unternehmen HeidelbergCement hat gegen das Urteil bereits Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof eingelegt. Die anderen vier Unternehmen und das BKartA haben eine Woche Zeit, ggf. auch Rechtsbeschwerde einzulegen. Mit der schriftlichen Urteilsbegründung des OLG Düsseldorf ist erst in mehreren Wochen zu rechnen.

Gegen drei kleine Unternehmen (Geldbußen über 9 Mio. EUR) stehen noch Verfahren beim OLG Düsseldorf aus.

Pressemitteilung vom 29.06.2009 [Link](#)

Bundeskartellamt verhängt Geldbußen gegen Apothekerverbände wegen Aufrufs zum Boykott

Das Bundeskartellamt hat wegen verbotenen Boykottaufrufs Geldbußen in Höhe von insgesamt rund 1,2 Mio. Euro gegen die ABDA (Bundesvereinigung Deutscher Apothekerverbände), den Landesapothekerverband Baden-Württemberg e.V., den

Berliner Apotheker Verein e.V., den Thüringer Apothekerverband e.V. sowie verschiedene natürliche Personen verhängt.

Nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes haben die betroffenen Apothekerverbände wiederholt ihre Mitglieder, die Apotheker, dazu aufgefordert, von dem Pharmagroßhändler Gehe keine Produkte mehr zu beziehen, nachdem dessen Muttergesellschaft Celesio im April 2007 das Unternehmen DocMorris übernommen hatte. Eine solche Aufforderung zur Bezugssperre ist als Boykottaufruf kartellrechtswidrig, wenn sie in der Absicht geschieht, ein anderes Unternehmen unbillig, d.h. ohne sachliche Rechtfertigung, zu beeinträchtigen. Dies war hier nach der Auffassung des Bundeskartellamtes der Fall, da der Boykott dem Unternehmen Celesio/Gehe Nachteile zufügen sollte, um auf diesem Wege letztlich die eingesessenen Apotheker vor aufkommendem Wettbewerb zu bewahren.

DocMorris betreibt eine Versandapotheke und bietet selbständigen Apothekern eine franchiseähnliche Markenpartnerschaft an. Zudem hatte DocMorris noch bis vor kurzem in Saarbrücken eine Präsenzapotheke auf der Basis einer Genehmigung des zuständigen saarländischen Ministeriums betrieben. Diese Genehmigung ist zwischenzeitlich, nach einem Urteil des EuGH wegen Verstoßes gegen das Fremdbesitzverbot nach welchem nur natürliche Personen Apotheken betreiben dürfen, widerrufen worden.

DocMorris wird von vielen Apothekern als ein unerwünschter Wettbewerber angesehen. Insbesondere befürchteten viele Apotheker verstärkten Wettbewerb für den Fall, dass es Celesio/DocMorris (und damit auch anderen Unternehmen) endgültig erlaubt würde, eine Apothekenkette zu betreiben. Nachdem Celesio DocMorris übernommen hatte, wandten sich viele Apotheker von dem zu Celesio gehörenden Pharmagroßhändler Gehe ab. Das bebußte Verhalten war hierfür mindestens mitursächlich. Die betroffenen Apothekerverbände bzw. ihre Präsidenten oder sonstige Funktionäre sowie ein Redakteur riefen in Verbandspublikationen, z.B. in der von der ABDA herausgegebenen "Pharmazeutischen Zeitung" oder in Reden dazu auf, bestehende Bezugsbeziehungen zu Gehe zu beenden.

Sanktioniert wurden zum einen Äußerungen von Verbandsfunktionären, zum ande-

ren, soweit es zu kartellrechtswidrigen Boykottaufrufen in der Pharmazeutischen Zeitung kam, die Verletzung der Aufsichtspflicht des Herausgebers. Die Presse- oder die Verbandsfreiheit wird durch diese Entscheidung nicht beeinträchtigt. Den Verbänden bleibt es unbenommen, sich auch in Verbandspublikationen kritisch zu standespolitisch wichtigen Themen zu äußern. Die Grenzen der Meinungs- und Vereinigungsfreiheit sind jedoch überschritten, wenn es zu kartellrechtswidrigen Boykottaufrufen kommt.

Die Bußgeldbescheide sind noch nicht rechtskräftig. Die betroffenen Personen und Unternehmen können gegen die Beschlüsse Einspruch einlegen.

Pressemitteilung vom 02.07.2009 [Link](#)

Bundeskartellamt veröffentlicht Zwischenbericht Sektoruntersuchung Kraftstoffe

Das Bundeskartellamt hat im Mai 2008 eine längerfristige Untersuchung des Wettbewerbs auf den Kraftstoffmärkten begonnen (vgl. auch Pressemitteilung vom 28.05.2008). Im Rahmen dieser Sektoruntersuchung wurden zunächst die generellen Marktbedingungen auf den verschiedenen Stufen und Märkten der Kraftstoffwirtschaft beleuchtet und mögliche Wettbewerbsverzerrungen identifiziert. Der nun vorliegende Zwischenbericht kommt dabei zu den folgenden Ergebnissen:

- Ein bedeutendes Hindernis für mehr Wettbewerb im Kraftstoffsektor liegt in der hohen vertikalen und horizontalen Konzentration.
- Aufgrund der ausgeprägten oligopolistischen Marktstrukturen ist es erforderlich, einen weiteren Konzentrationsprozess im Kraftstoffsektor durch eine restriktive Zusammenschlusskontrolle aufzuhalten. Das Bundeskartellamt hat noch während des Verlaufs der bisherigen Sektoruntersuchung Konsequenzen hieraus gezogen und Zusammenschlüsse im Tankstellenbereich untersagt oder nur unter Nebenbestimmungen freigegeben.
- Kraftstoffabsatz und Preisgestaltung an Tankstellen sind sehr transparent und begünstigen Preissetzungsmuster, wie etwa höhere Preise zu Beginn der Reisezeit, die von den Tankstellenunternehmen ohne die Notwendigkeit von Kollusion oder Koordinierung eingesetzt werden. Das Bundeskartellamt wird die Mineralölgesell-

schaften und Pächter bei ihren Bemühungen um schnellstmögliche Informationen über die Wettbewerbspreise weiterhin genau beobachten und bei kartellrechtlichen Verstößen einschreiten.

- Das Bundeskartellamt wird künftig mit einem modifizierten Ansatz den Vorwürfen nachgehen, nach welchen die Preisgestaltung der integrierten Mineralölunternehmen bei der Belieferung von freien Tankstellenbetreibern mit Kraftstoffen kartellrechtlich zu beanstanden sei.

- Die Tank & Rast GmbH plant die Umstellung des seit vielen Jahrzehnten praktizierten Systems der Vergabe von Belieferungsrechten für Bundesautobahntankstellen anhand der Absatzquoten aus dem Straßengeschäft. Das Bundeskartellamt wird diesen Prozess im Interesse einer diskriminierungsfreien Ausgestaltung - insbesondere im Hinblick auf die Bedürfnisse des Mineralölmittelstands - begleiten.

Das Bundeskartellamt wird im weiteren Verlauf der Sektoruntersuchung wichtige Aspekte detaillierter untersuchen. Hierzu zählen im nächsten Abschnitt der Sektoruntersuchung Flottenkartensysteme, Agenturverträge, sowie ökonomische Analysen der Kraftstoffpreise. So soll beispielsweise der Frage nachgegangen werden, ob die Kraftstoffpreise tatsächlich - wie vielfach behauptet - auf steigende Rohstoffpreise schneller reagieren als auf fallende. Bundeskartellamt und Landeskartellbehörden können jederzeit auf mögliche im Rahmen der Sektoruntersuchung identifizierte Wettbewerbshindernisse reagieren und zum Beispiel etwaige Abschottungsstrategien oder schädliche Konzentration verhindern. Unabhängig davon liefert die Sektoruntersuchung wertvolle Erkenntnisse über die Marktverhältnisse und Funktionsmechanismen im Kraftstoffsektor, der ausweislich der Rückmeldungen, die das Bundeskartellamt täglich hierzu erhält, von außerordentlichem Interesse für Politik und Öffentlichkeit ist.

Pressemitteilung vom 02.07.2009 [Link](#)

Bundeskartellamt verhängt Millionenbußen gegen Mörtelhersteller

Das Bundeskartellamt hat gegen Unternehmen der Mörtelbranche Geldbußen in Höhe von insgesamt 39,69 Mio. € verhängt. Insgesamt neun Unternehmen und eben so vielen leitenden Angestellten wird vorgeworfen, sich an wettbewerbsbe-

schränkenden Absprachen über Aufstellgebühren für Trockenmörtel-Silos beteiligt zu haben. Bei den Unternehmen handelt es sich um die maxit Deutschland GmbH, Knauf Gips KG, Knauf Marmorit GmbH, Schwenk Putztechnik GmbH & Co., Bau-mitBayosan GmbH & Co KG, Hasit Trockenmörtel GmbH, Saint Gobain Weber GmbH, quick-mix GmbH & Co. KG und Schäfer Krusemark GmbH & Co. KG.

Das Bundeskartellamt hatte bei Durchsuchungen der Unternehmen im Mai 2006 und Januar 2007 umfangreiches Beweismaterial sichergestellt. Nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes kam es fast in der gesamten Mörtel-Branche während der Jahre 2004 und 2005 im Rahmen diverser Abstimmungen zu der Übereinkunft, ab 2006 für das Aufstellen von Trockenmörtel-Silos über die eigentlichen Mörtelkosten hinaus, eine zusätzliche neue „Silostellgebühr“ zu erheben. Die Absprachen, die zu Beginn des Jahres 2006 umgesetzt wurden, betrafen den Absatz von Trockenmörtel-Silos im gesamten Bundesgebiet.

In dem vorliegenden Verfahren kamen die im Zusammenhang mit der gesetzlichen Erweiterung des Bußgeldrahmens erlassenen Bußgeldleitlinien des Amtes vom 15. September 2006 zur Anwendung.

So wurden im Hinblick auf die Bußgeldberechnung die Mörtelumsätze der Unternehmen und nicht nur deren Einnahmen aus der Silostellgebühr zugrunde gelegt, um die wirtschaftliche Tragweite der Absprachen richtig einzuordnen. Für zwei der betroffenen Unternehmen, die in Konzerne mit Jahresumsätzen von über 1 Mrd. € eingebunden sind, wurden die Bußen deutlich angehoben, um der Entscheidung des Bundeskartellamtes eine stärkere Abschreckungswirkung zu verleihen.

In Zusammenhang mit diesem Verfahren stehende Ermittlungen gegen den Bundesverband Deutscher Baustoff-Fachhandel e. V. sowie die Handelskooperationen Hagebau und Eurobaustoff stehen kurz vor dem Abschluss.

Die Bußgeldbescheide sind noch nicht rechtskräftig. Die betroffenen Unternehmen und Personen können gegen die Bußgeldbescheide Einspruch einlegen.

Pressemitteilung vom 03.07.2009 [Link](#)

Erstes Zusammenschlussvorhaben aus dem Komplex EnBW/EWE/VNG gegen Veräußerungszusage freigegeben

Das Bundeskartellamt hat heute das Vorhaben der Energie Baden Württemberg AG (EnBW), einen Anteil von 26 % an der EWE Aktiengesellschaft (EWE) zu erwerben, unter der Auflage freigegeben, dass sich die Zusammenschlussbeteiligten von wesentlichen Unternehmensbeteiligungen trennen. Die Entscheidung sieht eine alternative Veräußerung der jeweiligen wettbewerblich problematischen Gasbeteiligungen der Zusammenschlussbeteiligten vor. Auf die Abmahnung des Vorhabens durch das Bundeskartellamt hin (vgl. Pressemitteilung vom 22.12.2008) hatten sich EWE und EnBW gegenüber dem Bundeskartellamt verpflichtet, entweder das EWE-Beteiligungsunternehmen Verbundnetz Gas AG (VNG) oder das EnBW-Beteiligungsunternehmen GESO Beteiligungs- und Beratungs AG (GESO) an Dritte zu veräußern. GESO hält u. a. Beteiligungen an der ENSO Energie Sachsen Ost AG (ENSO) und DREWAG Stadtwerke Dresden GmbH (DREWAG).

Bis zum 15. September 2009 muss das Bundeskartellamt über die zusätzlich eingereichte Anmeldung entscheiden, wonach die EnBW die bei EWE liegenden Anteile in Höhe von 47,9 % an der VNG unmittelbar erwerben will.

Der jetzt entschiedene Zusammenschluss betrifft die Bereiche Strom und Gas. Stromseitig war nicht nachweisbar, dass EnBW für die Zusammenschlusskontrolle als Mitglied eines marktbeherrschenden Oligopols auf den bundesweiten Märkten für den erstmaligen Absatz von Strom und für die Belieferung von Stromgroßkunden anzusehen ist. Die hierfür vom Bundesgerichtshof kürzlich in seiner Entscheidung "Stadtwerke Eschwege" bestätigten Kriterien werden von EnBW nicht erreicht. Dagegen hätte der Zusammenschluss gasseitig zur Verstärkung marktbeherrschender Stellungen von Beteiligungsunternehmen der EnBW und der EWE in Ostdeutschland geführt. Insbesondere wäre ohne die Auflage zu erwarten gewesen, dass der Absatz des marktbeherrschenden Ferngasunternehmens VNG dadurch weiter abgesichert wird, dass in den Gremien der ENSO und DREWAG bei der Gasbeschaffung auf die Interessen der VNG Rücksicht genommen wird. Daneben wäre es ohne die Auflage

auch zur Verstärkung von marktbeherrschenden Stellungen gekommen, die ENSO und DREWAG selbst auf ihren regionalen bzw. lokalen Gasmärkten bei der Belieferung von Weiterverteilern sowie Haushalts- und Industriekunden innehaben. Denn ENSO und DREWAG hätten künftig von der VNG auf diesen Märkten keinen Wettbewerb mehr befürchten müssen.

Um eine Untersagung abzuwenden, hatten sich EWE und EnBW im Laufe des Verfahrens verpflichtet, alternativ die EWE-Beteiligung an der VNG oder das EnBW-Beteiligungsunternehmen GESO innerhalb eines bestimmten Zeitraums zu veräußern. Jede der beiden Veräußerungsalternativen beseitigt bereits für sich genommen die durch den geplanten Zusammenschluss andernfalls eintretenden Wettbewerbsverschlechterungen. Die Unternehmen müssen dem Bundeskartellamt nun bis zu einem festgelegten Zeitpunkt ihre Auswahl mitteilen.

EnBW ist die Konzernobergesellschaft einer Gruppe von Unternehmen, die insbesondere in den Geschäftsfeldern Strom, Gas sowie Energie- und Umweltdienstleistungen tätig sind. Im Geschäftsfeld Strom ist EnBW über Beteiligungsunternehmen auf allen Stufen der Wertschöpfungskette, Erzeugung, Handel, Transport und Verteilung sowie Vertrieb, tätig. Im Gasbereich ist EnBW über die von ihr gemeinsam mit ENI SpA kontrollierte Gasversorgung Süd-Deutschland GmbH mit Schwerpunkt in Baden-Württemberg tätig. In den neuen Bundesländern ist EnBW an der ENSO und der DREWAG beteiligt. ENSO ist ein regionales Energieversorgungsunternehmen, das in der Versorgung von Strom, Erdgas, Wärme und Wasser im Osten Sachsens tätig ist. DREWAG betreibt Strom-, Gas-, Fernwärme- und Wasserversorgung in und um Dresden.

EWE ist ein regionales Energieversorgungsunternehmen, das vor allem in der Strom-, Gas- und Wasserversorgung tätig ist. In der Region Ems/Weser/Elbe betreibt EWE die Strom- und Gasversorgung. In Ostbrandenburg und Rügen ist sie nur als Gasversorger tätig. Darüber hinaus ist EWE mit 47,9% an VNG beteiligt. VNG ist das flächendeckende Ferngasunternehmen in den neuen Bundesländern, dessen Hauptaktivitäten der Import, der Handel, der Transport und die Speicherung von Erdgas sowie damit verbundene Dienstleistungen sind. ENSO und DREWAG werden

bislang ganz überwiegend von VNG mit Gas beliefert.

Pressemitteilung vom 06.07.2009 [Link](#)

Bundeskartellamt gibt Übernahme der Elmsorner Nachrichten durch den Schleswig-Holsteiner Zeitungsverlag frei

Das Bundeskartellamt hat den Erwerb der Abonnement-Tageszeitung Elmsorner Nachrichten und des Anzeigenblatts Die Woche im Blickpunkt durch den Schleswig-Holsteiner Zeitungsverlag sh:z, einer Tochtergesellschaft der medien holding:nord, im Hauptprüfverfahren freigegeben. Bisher gehören beide Printobjekte zur Axel Springer AG. Das Zusammenschlussvorhaben konnte unter der Anwendung der sog. Abwägungsklausel freigegeben werden. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes überwiegen die durch den Zusammenschluss entstehenden Verbesserungen der Marktstruktur auf dem Lesermarkt im Verbreitungsgebiet der Elmsorner Nachrichten die mögliche Verschlechterung auf den Anzeigen- und Lesermärkten im Kreis Steinburg.

Das Zusammenschlussvorhaben betrifft mehrere Lesermärkte für Abonnement-Tageszeitungen sowie mehrere Anzeigenmärkte in den Kreisen Pinneberg und Steinburg in Schleswig-Holstein. Die Verlage der medien holding:nord geben in diesen Kreisen bereits die Tageszeitungen Pinneberger Tageblatt (einschl. der Lokalausgaben Quickborner Tageblatt und Schenefelder Tageblatt), Wedel-Schulauer Tageblatt, Barmstedter Zeitung und Norddeutsche Rundschau/Wilstersche Zeitung sowie die Anzeigenblätter Pinneberger tip, Wedel-Schulauer tip, der Mittwoch am Samstag und Hallo Steinburg heraus.

Das Verbreitungsgebiet der Elmsorner Nachrichten - dabei handelt es sich im Wesentlichen um die Stadt Elmsorner und das Umland - wird derzeit von der Axel Springer AG beherrscht, die dort die beiden Tageszeitungen Elmsorner Nachrichten und Pinneberger Zeitung herausgibt. Mit dem Erwerb der Elmsorner Nachrichten geht die damit verbundene Marktstellung der Axel Springer AG auf die medien holding:nord über. Damit kommt es zu einer Abschwächung der bislang marktbeherrschenden Stellung der Axel Springer AG in dieser Region. Durch den Gesellschafterwechsel bei den Elmsorner Nachrichten

werden die Erst- und die Zweitzeitung in diesem Gebiet künftig von verschiedenen jeweils finanzkräftigen Verlagen herausgegeben und sind nicht mehr in einer Hand. Es ist davon auszugehen, dass diese strukturellen Verbesserungen unmittelbar zu einer Belebung des Wettbewerbs führen werden.

Im Rahmen der vom Bundeskartellamt bei Anwendung der Abwägungsklausel vorgenommenen „vergleichenden Gesamtbetrachtung“ überwiegen die deutlichen wettbewerblichen Verbesserungen auf dem Lesermarkt im Verbreitungsgebiet der Elmsorner Nachrichten (Verbesserungsmarkt) die möglichen wettbewerblichen Nachteile auf den Leser- und Anzeigenmärkten im Verbreitungsgebiet der Norddeutschen Rundschau (Verschlechterungsmärkte). Auf den beiden letztgenannten Märkten führt das Vorhaben möglicherweise zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der medien holding:nord durch den Wegfall des potentiellen Wettbewerbs, der von den Elmsorner Nachrichten ausgeht. Im Rahmen der Abwägungsklausel war dem Wegfall von potentiell Wettbewerben wegen der hohen Konzentration auf den Verschlechterungsmärkten besondere Beachtung zu schenken. Allerdings wird es durch den Zusammenschluss nicht zu einem vollständigen Wegfall kommen. Die finanzkräftige Axel Springer AG bleibt mit der Pinneberger Zeitung, deren Verbreitungsgebiet an die Verschlechterungsmärkte angrenzt, präsent und somit auch als Träger potentiellen Wettbewerbs erhalten. Demgegenüber liegen die im Rahmen der Abwägung deutlich schwerer wiegenden Verbesserungswirkungen darin, dass als unmittelbare Folge des Zusammenschlusses Wettbewerb im gesamten Verbreitungsgebiet der Elmsorner Nachrichten entstehen wird. Die medien holding:nord ist finanzkräftiger Herausgeber einer Vielzahl von regionalen Abonnement-Tageszeitungen und deshalb auch als gleichwertiger Wettbewerber zur Axel Springer AG anzusehen.

Präsident Dr. Bernhard Heitzer: „Aller interessengeleiteten Kritik an unserer Entscheidungspraxis in der Pressefusionskontrolle zum Trotz, zeigt auch der heute entschiedene Fall einer sogenannten Nachbarschaftsfusion im Pressewesen erneut, dass das geltende Kartellrecht hinreichend flexibel ist, um in jedem Einzelfall die ganz konkreten Zusammenhänge umfassend zu

berücksichtigen und so zu einer angemessenen Entscheidung zu gelangen“.

Pressemitteilung vom 09.07.2009 [Link](#)

Industrieversicherer nehmen Einsprüche gegen Bußgeldbescheide des Bundeskartellamtes zurück

In dem Kartellverfahren gegen Industrieversicherer haben nach Einspruchsrücknahme der AXA Versicherung AG in der vergangenen Woche nunmehr auch der HDI Haftpflichtverband der Deutschen Industrie V.a.G. und die Gothaer Allgemeine Versicherung AG sowie die persönlich Betroffenen ihren Einspruch gegen die Bußgeldbescheide des Bundeskartellamtes vom März 2005 zurückgenommen.

Die Rücknahme der Einsprüche betrifft den Komplex industrielle Sachversicherung und damit den mit Abstand bedeutendsten Teil der Vorwürfe des Bundeskartellamtes. Die Allianz und die Württembergische Versicherung hatten ihre Einsprüche bereits vor dem Beginn des gerichtlichen Verfahrens zurückgenommen. Das Pilotverfahren des OLG Düsseldorf in Sachen Industrieversicherer ist damit beendet. Damit sind nun vom Bundeskartellamt verhängte Bußgelder in Höhe von insgesamt ca. 96 Mio. € rechtskräftig geworden.

Das Bundeskartellamt hatte 2005 Bußgelder in Höhe von insgesamt rund 150 Mio. Euro gegen insgesamt 18 Versicherungsunternehmen sowie 22 betroffene Vorstandsmitglieder dieser Unternehmen verhängt. Der Kartellrechtsverstoß betraf bundesweit und branchenübergreifend vor allem den Bereich der industriellen Sachversicherung (Feuer-, Feuer-Betriebsunterbrechungs-, EC- und All-Risk-Versicherung sowie Technische Versicherung), ferner die Transport- und die Gebäude-/ Monopol-Versicherung sowie Reisekosteninsolvenzversicherung. Nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes hatten sich die betreffenden Versicherer seit Mitte 1999 abgesprochen, den zum damaligen Zeitpunkt bestehenden intensiven Prämien- und Bedingungswettbewerb zu beenden, um höhere Prämien und Konditionenveränderungen herbeizuführen.

Das Gericht hatte die Beweisaufnahme gegen die AXA Versicherung AG, HDI Haftpflichtverband der Deutschen Industrie V.a.G. und die Gothaer Allgemeine Versicherung AG weitgehend abgeschlossen und Sachverständige mit der Berechnung eines

möglichen kartellbedingten Mehrerlöses beauftragt. Das OLG hat die Möglichkeit, nach mündlicher Verhandlung, von der durch das Bundeskartellamt festgesetzten Buße abzuweichen und zwar nach unten wie auch nach oben.

Eine Reihe von Einsprüchen, die die noch ausstehenden Bußgeldsumme von ca. 54 Mio. € betreffen, müssen noch zu einem späteren Zeitpunkt vor Gericht verhandelt werden, soweit die Unternehmen ihre Einsprüche nicht auch diesbezüglich zurücknehmen.

Pressemitteilung vom 17.07.2009 [Link](#)

Bundeskartellamt gibt Übernahme des Städtefluggeschäfts der TUIfly durch Air Berlin frei

Das Bundeskartellamt hat die Übernahme des Städtefluggeschäfts von TUIfly durch Air Berlin fusionskontrollrechtlich freigegeben. Damit kann Air Berlin das Streckenportfolio des Städtefluggeschäfts von TUIfly, einschließlich der Flugzeugkapazitäten und des Personals, übernehmen. Es umfasst insgesamt 117 Strecken in die Länder Österreich, Ägypten, Spanien, Frankreich, Großbritannien, Griechenland, Kroatien, Israel, Italien, Marokko, Portugal, Schweden, Tunesien und die Türkei sowie sieben innerdeutsche Strecken. Mit insgesamt 55 übernommenen Strecken liegt der Schwerpunkt in Italien.

Die Ermittlungen haben ergeben, dass es nur auf wenigen Strecken Überschneidungen des Flugangebots von TUIfly und Air Berlin gibt und dass Air Berlin in einige dieser Länder (wie z.B. Italien) bislang nur ein geringes Passagieraufkommen befördert hat. Zudem gibt es auf den relevanten Strecken bzw. in die relevanten Gebiete eine ausreichende Zahl von Wettbewerbern.

Ursprünglich waren darüber hinaus wechselseitige Beteiligungen von Air Berlin an TUIfly und TUI an Air Berlin in Höhe von jeweils 19,9 % geplant, die jeweils mit weitergehenden Rechten verbunden waren. Die beteiligten Unternehmen haben von diesen Planungen Abstand genommen. Die Beteiligungen wurden auf jeweils 9,9 % reduziert und auf die weitergehenden Rechte wurde verzichtet. Damit erfüllten die wechselseitigen Beteiligungen in der nunmehr angemeldeten Form keine Zusammenschlusstatbestände mehr.

Die beteiligten Unternehmen haben zudem erklärt, dass Air Berlin sich nicht an TUIfly beteiligen wird und die Beteiligung in Höhe von 9,9 % der TUI an Air Berlin erst nach Klärung etwaig verbleibender kartellrechtlicher Fragen mit dem Amt vollzogen werden wird.

Pressemitteilung vom 08.09.2009 [Link](#)

D. AUFSÄTZE / URTEILSANMERKUNGEN

Zusammengestellt von *Carsten John*

(Die Auflistung stellt einen Überblick über die in Zeitschriften erschienenen Publikationen des letzten Quartals dar und erhebt nicht den Anspruch auf Vollständigkeit)

neu in die Auswertung aufgenommen:
GWR – Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

- ausgewertete Ausgaben: 202
- aufgeführte Literaturnachweise: 288

I. PATENTRECHT / GEBRAUCHSMUSTERRECHT

- **Canty, Thomas/Swanson, Erik**

Aktuelles aus den USA
Mitt. 2009, 307 (Heft 7)

- **Deichfuß, Hermann**

Anm. zu OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.11.2008 - I-2 W 98/08, 2 W 98/08 - "Anbieten" i.S.v. § 9 PatG
jurisPR-WettbR 7/2009 Anm. 2

- **Eck, Stefan**

Der erfundene Verbesserungsvorschlag - Konsequenzen einer Meldung desselben Gegenstandes als technischen Verbesserungsvorschlag sowie als Dienstleistung
Mitt. 2009, 367 (Heft 8/9)

- **Ehlers, Jochen**

Anm. zu LG Mannheim, Urt. v. 10.07.2009 - 7 O 327/08 - Spurschlingerung mit Steuerungsdaten
Mitt. 2009, 403 (Heft 8/9)

- **Große Ruse-Khan, Henning/Jaeger, Thomas**

Policing Patents Worldwide? EC Border Measures Against Transiting Generic Drugs Under EC and WTO Intellectual Property Regimes
IIC 2009, 502 (Heft 5)

- **Heath, Christopher**

Anm. zu Supreme Court 24 April 2008 - „Knife-Processing Device“
IIC 2009, 723 (Heft 6)

- **Holzer, Simon/Josi, Christian**

Die negative Feststellungsklage im schweizerischen Patentprozess: Feststellungsinteresse, Gerichtsstand und Streitgegenstand

in internationalen, euro-internationalen sowie nationalen Verhältnissen
GRURInt 2009, 577 (Heft 7)

- **Heselberger, Johannes**

Anm. zu BGH, Urt. v. 16.12.2008 - X ZR 89/07 - Einbeziehung von Selbstverständlichem in den Offenbarungsgehalt ("Olanzapin")
jurisPR-WettbR 6/2009 Anm. 4

- **Hoeren, Thomas/Hoffmann, Marie-Louise**

Technologie- und Materialtransfer zwischen deutschen und brasilianischen LifeScience-Unternehmen
Mitt. 2009, 386 (Heft 8/9)

- **Hövelmann, Peter**

Der nicht beschiedene Hilfsantrag - Oder: die Teilentscheidung über die Patentanmeldung in der Fassung des Hauptantrags
GRUR 2009, 718 (Heft 8)

- **Hüttermann, Aloys/Storz, Ulrich**

Zur Patentierbarkeit von Pflanzenzuchtverfahren
Mitt. 2009, 277 (Heft 6)

- **Jestaedt, Dirk**

Der Lizenzerteilungsanspruch nach der BGH-Entscheidung „Orange-Book-Standard“
GRUR 2009, 901 (Heft 9)

- **Jüngst, Oliver Jan/Stjerna, Ingve Björn**

Die "Thermocycler"-Entscheidung des OLG Düsseldorf
Mitt. 2009, 356 (Heft 8/9)

- **Kessler, Tobias**

Vernehmung von deutschen Erfindern gem. Haager Beweisaufnahmeübereinkommen für ein Patentstreitverfahren in den USA
Mitt. 2009, 390 (Heft 8/9)

- **Kiani, Nassim/Springorum, Harald/Schmitz, Tobias**

Aktuelles aus dem Bereich der "Patent Litigation"
Mitt. 2009, 273 (Heft 6)

- **Köpf, Alfred/Hilti, Christian**

Patente auf Stammzellen – europäische Ethik und Verfahrenstaktik
sic! 2009 (Ausgabe 6)

- **Krauß, Jan/Takenaka, Toshiko**

Aktuelles aus dem Bereich Biotechnologie: Ansprüche auf diagnostische Verfahren im Lichte der neueren US-Rechtsprechung In re Bilski und Classes
Mitt. 2009, 347 (Heft 8/9)

- **Kühnen, Thomas**

Die unvollständige Übersetzung fremdsprachiger europäischer Patentschriften
Mitt. 2009, 345 (Heft 8/9)

- **Maume, Philipp**

Anm. zu BGH, Urt. v. 06.05.2009 - KZR 39/06 - Orange-Book-Standards
Mitt. 2009, 341 (Heft 7)

- **Maume, Philipp**

Know-how-Verletzungen und Herausgabe des Verletzergewinns
Mitt. 2009, 379 (Heft 8/9)

- **Meier-Beck, Peter**

The Judicial Practice of the German Federal Supreme Court on Patent and Utility Model Law in 2007
IIC 2009, 434 (Heft 4)

- **Müller-Stoy, Tilman**

Anm. zu BGH, Urt. v. 12.03.2009 - Xa ZR 86/06 - Keine gesonderte Mitberechtigung an einzelnen Patentansprüchen oder an Teilen hiervon ("Blendschutzbehang")
jurisPR-WettbR 8/2009 Anm. 5

- **Müller-Stoy, Tilman**

Der Besichtigungsanspruch gem. § 140c PatG in der Praxis - Teil 1: Voraussetzungen und Reichweite des Anspruchs
Mitt. 2009, 361 (Heft 8/9)

- **Nägele, Thomas/Jacobs, Sven**

Zwangslizenzen im Patentrecht - unter besonderer Berücksichtigung des kartellrechtlichen Zwangslizenzinwands im Patentverletzungsprozess
WRP 2009, 1062 (Heft 9)

- **Pitz, Johann**

Passivlegitimation in Patentstreitverfahren
GRUR 2009, 805 (Heft 9)

- **Plehwe, Thomas von**

Anm. zu BGH, Beschl. v. 08.07.2008 - X ZB 1/08 - Ergänzendes Schutzzertifikat für Wirkstoffkombination bei Genehmigung für das Inverkehrbringen eines Arzneimittels

mit einem Wirkstoff des Grundpatents? ("Anti-Helicobacter-Präparat")
jurisPR-WettbR 6/2009 Anm. 3

• **Schacht, Hubertus**

Interim Injunctions in Indian Patent Infringement Suits
Mitt. 2009, 382 (Heft 8/9)

• **Schreiber, Peter**

Der gerichtliche Sachverständige im Patentverletzungsprozess
Mitt. 2009, 309 (Heft 7)

• **Schultes, Rainer**

Anm. zu OGH, Beschl. v. 26.08.2008 - 17 Ob 18/08h – Unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 27 TRIPS auf Stoffschutzpatente, "geschützte" Gegenstände im Sinne von Art. 70 TRIPS (Losartan)
GRURInt 2009, 615 (Heft 7)

• **Sendrowski, Heiko**

„Olanzapin“ – eine Offenbarung?
GRUR 2009, 797 (Heft 9)

• **Slopek, David E.F.**

Defensive Publishing – Verbreitung, Funktion, Strategien
GRUR 2009, 816 (Heft 9)

• **Stjerna, Ingve Björn**

Die eingeschränkte Geltendmachung technischer Schutzrechte im Verletzungsstreit
Mitt. 2009, 302 (Heft 7)

• **Teschemacher, Rudolf**

Aktuelle Rechtsprechung der Beschwerdekammern des EPA – Notizen für die Praxis
Mitt. 2009, 297 (Heft 7)

• **Teufel, Fritz**

Aktuelles aus dem Bereich Softwarepatentierung – Das "Computerprogramm als solches" – Vorlage an die Große EPA Beschwerdekammer
Mitt. 2009, 249 (Heft 6)

• **Thot, Norman B.**

Product-by-Process Ansprüche nach US-Recht – Abbott Laboratories v. Sandoz (Fed. Cir.2009)
Mitt. 2009, 317 (Heft 7)

• **Treichel, Pierre**

G 2/06 and the Verdict of Immorality
IIC 2009, 450 (Heft 4)

• **Trimborn, Michael**

Lizenzsätze für Erfindungen in Deutschland ab 1995
Mitt. 2009, 257 (Heft 6)

• **Viél, Christof**

Die Umsetzung der Richtlinie 2004/48/EG in Frankreich und ihre Auswirkungen auf das französische Patentrecht
Mitt. 2009, 315 (Heft 7)

• **Winterfeldt, Volker/Engels, Rainer**

Aus der Rechtsprechung des Bundespatentgerichts im Jahre 2008 – Teil II: Patentrecht und Gebrauchsmusterrecht (Teil 2)
GRUR 2009, 613 (Heft 7)

• **Yuan, Xiandong**

Anm. zu Shanghai Higher People's Court 18 April 2008 – Wong Like v. Shanghai „EV“ Fuel Injection Co. Ltd („Fuel Injection Pump“)
IIC 2009, 718 (Heft 6)

II. URHEBERRECHT / GESCHMACKSMUSTERRECHT

• **Austin, Graeme W.**

The Concept of "Justiciability" in Foreign Copyright Infringement Cases
IIC 2009, 393 (Heft 4)

• **Becker, Jürgen**

Der Begriff des Sendens aus urheberrechtlicher und aus rundfunkrechtlicher Sicht – Einführung zur Arbeitssitzung des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 27.03.2009
ZUM 2009, 441 (Heft 6)

• **Becker, Maximilian**

Anm. zu BGH, Urte. v. 22.04.2009 – I ZR 216/06 – Weiterleitung von Fernsehprogrammen über Internet-Seite
GRUR 2009, 851 (Heft 9)

• **Bierekoven, Christiane**

Das gewerbliche Ausmaß in § 101 UrhG – Eine erste Bestandsaufnahme
ITRB 2009, 158 (Heft 7)

• **Bisges, Marcel**

Grenzen des Zitatrechts im Internet
GRUR 2009, 730 (Heft 8)

• **Brisch, Klaus M./Laue, Philip**

Anm. zu BGH, Urte. v. 22.04.2009 – I ZR 216/06 – Internet-Videorecorder
MMR 2009, 624 (Heft 9)

• **Bullinger, Winfried**

Aktuelles aus dem Urheberrecht – Auf dem Weg zum "Dritten Korb"
Mitt. 2009, 373 (Heft 8/9)

• **Gärtner, Anette**

Die Offenbarung des Musters außerhalb der Europäischen Gemeinschaft – Zur BGH-Entscheidung "Gebäckpresse"
Mitt. 2009, 320 (Heft 7)

• **Gaertner, Reinhard/Frank, Christian**

Piraten eingebuchtet? Bewertung der Entscheidung des Tingsrätt v. 17.04.2009 – "The Pirate Bay"
K&R 2009, 452 (Heft 7/8)

• **Geiger, Christophe**

Implementing an International Instrument for Interpreting Copyright Limitations and Exceptions
IIC 2009, 627 (Heft 6)

• **Geiger, Christophe/Macrez, Franck/Bouvel, Adrien/Carre, Stephanie/Hassler, Theo/Schmidt-Szalewski, Joanna**

What Limitations to Copyright in the Information Society? A Comment on the European Commission's Green Paper "Copyright in the Knowledge Economy"
IIC 2009, 412 (Heft 4)

• **Gergen, Thomas**

Der "starre Melodienschutz" des § 24 Abs. 2 UrhG – Genese, Judikatur, Kritik
UFITA 2009, 471 (Heft 2)

• **Goldbeck, Nino**

Anm. zu LG Berlin, Urte. v. 22.05.2008 – 27 S 5/05 – Anzahl der Rechtsanwaltsgebühren für die Unterlassungsaufforderung hinsichtlich einer rechtswidrigen Wort- und Bildberichterstattung
ZUM 2009, 490 (Heft 6)

• **Gounalakis, Georgios**

Anm. zu BGH, Urte. v. 10.03.2009 – VI ZR 261/07 – Zulässigkeit der Berichterstattung über einen zukünftigen Funktionsträger
LMK 2009, 284367 (Ausgabe 7)

• **Gounalakis, Georgios**

Der Begriff des Sendens aus urheberrechtlicher Sicht
ZUM 2009, 447 (Heft 6)

• **Haberstumpf, Helmut**

Der Handel mit gebrauchter Software und die Grundlagen des Urheberrechts
CR 2009, 345 (Heft 6)

• **Handig, Christian**

The Copyright Term „Work“ – European Harmonisation at an Unknown Level
IIC 2009, 665 (Heft 6)

• **Hauck, Ronny**

Der Supreme Court und das Ende des Edison Trust – Oder: Als Hollywood noch die Heimat der "Independents" war
GRURInt 2009, 670 (Heft 8/9)

• **Heckmann, Jörn**

Anm. zu LG Frankfurt, Urte. v. 13.05.2009 – 2-06 O 172/09 – ELeeseplätze und USB-Sticks in Bibliotheken
CR 2009, 538 (Heft 8)

• **Hegemann, Jan/Heine, Robert**

Für ein Leistungsschutzrecht der Presseverleger
AFIP 2009, 201 (Heft 3)

• **Hess, Gangolf**

Anm. zu OLG Stuttgart, Urte. v. 25.02.2009 – 4 U 204/08 – Dringlichkeitsschädliches Zuwarten bei urheberrechtlicher Erstbegehrungsgefahr
jurisPR-WettbR 8/2009 Anm. 3

• **Hilber, Marc/Rabus, Johannes**

Anm. zu OLG Frankfurt, Beschl. v. 12.05.2009 – 11 W 15/09 – Beschränkung der Erschöpfungswirkung auf körperliche Werkstücke
CR 2009, 425 (Heft 7)

• **Hillig, Hans-Peter**

Anm. zu LG Köln, Urte. v. 13.05.2009 – 28 O 811/08 – Berichterstattung über Tagesereignisse mittels fremden Sendematerials
ZUM 2009, 677 (Heft 8/9)

• **Hilty, Reto M.**

Renaissance der Zwangslizenzen im Urheberrecht? – Gedanken zu Ungereimtheiten auf der urheberrechtlichen Wertschöpfungskette
GRUR 2009, 633 (Heft 7)

- **Hirschfelder, Marcus**

Open Access - Zweitveröffentlichungsrecht und Anbieterspflicht als europarechtlich unzulässige Schrankenregelungen? § 38 und 43 UrhG de lege ferenda im Lichte der RL 2001/29/EG
MMR 2009, 444 (Heft 7)

- **Hoeren, Thomas**

100 Euro und Musikdownloads - die Begrenzung der Abmahngebühren nach § 97a UrhG
CR 2009, 378 (Heft 6)

- **Hoppen, Peter**

Software-Besichtigungsansprüche und ihre Durchsetzung - Die praktische Seite
CR 2009, 407 (Heft 6)

- **Hüsch, Moritz**

Anm. zu LG Frankfurt, Beschl. v. 27.01.2009 - 2/3 O 599/08 - Kein Nutzungsrecht durch Erwerb von gebrauchten Product Keys
ITRB 2009, 175 (Heft 8)

- **Hufen, Friedhelm**

Anm. zu BGH, Versäumnisurt. v. 16.09.2008 - VI ZR 244/07 - Theaterstück "Ehrensache"; Kunstfreiheit und postmortaler Persönlichkeitsschutz
JuS 2009, 744 (Heft 8)

- **Intveen, Carsten**

Anm. zu OLG Stuttgart, Urt. v. 19.03.2009 - 2 U 47/08 - Unzulässige Videoplattform für Amateursportveranstaltungen (hartplatzhelden.de)
ITRB 2009, 148 (Heft 7)

- **Intveen, Carsten**

Anm. zu OLG Hamburg, Urt. v. 16.04.2009 - 5 U 101/08 - Kein Rechtsverstoß durch Screen Scraping
ITRB 2009, 174 (Heft 8)

- **Jani, Ole**

Anm. zu LG Frankfurt, Urt. v. 13.05.2009 - 2-06 O 172/09 - Eingescannte Literatur für elektronischen Bibliotheks-Leseplatz nicht urheberrechtswidrig
K&R 2009, 514 (Heft 7/8)

- **Kläver, Marlene Magdalene**

Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Urheberrecht und gewerblichen Rechts-

schutz unter computer- und internetrechtlichen Gesichtspunkten
Mitt. 2009, 375 (Heft 8/9)

- **Klatt, Heiko**

Die urheberrechtliche Einordnung personalisierter Internet-Radios - Eine öffentliche Wiedergabe zwischen Senderecht und dem Recht der öffentlichen Zugänglichmachung
CR 2009, 517 (Heft 8)

- **Klett, Alexander R.**

Die Entwicklung des Urheberrechts im Jahr 2008
K&R 2009, 438 (Heft 7/8)

- **Kurz, Hanns**

Neuerungen im Bühnenarbeitsrecht
UFITA 2009, 519 (Heft 2)

- **Ladeur, Karl-Heinz**

Der Auskunftsanspruch der Rechteinhaber aus § 101 n.F. UrhG und der Datenschutz - Geht der Anspruch mangels Daten ins Leere?
UFITA 2009, 443 (Heft 2)

- **Landova, Marketa Trimble**

Public Policy Exception to Recognition and Enforcement of Judgments in Cases of Copyright Infringement**
IIC 2009, 642 (Heft 6)

- **Leemann, Hans**

Das Urheberrecht der juristischen Personen nach schweizerischem Recht - Neuabdruck aus Geistiges Eigentum I 2 (1935/36) S. 141-145
UFITA 2009, 551 (Heft 2)

- **Levy-Ries, L.**

Vom Wesen des Kunstbauwerkes - Neuabdruck aus Geistiges Eigentum I 2 (1935/36) S. 162-168
UFITA 2009, 557 (Heft 2)

- **Lim, Pheb Hoon/Longdin, Louise**

Fresh Lessons for First Movers in Software Copyright Disputes - A Cross-Jurisdictional Convergence
IIC 2009, 374 (Heft 4)

- **Maaßen, Stefan**

Urheberrechtlicher Auskunftsanspruch und Vorratsdatenspeicherung
MMR 2009, 511 (Heft 8)

- **Neuwald, Philipp/Bey, Julia von der/Vonnahme, Sabine**

Im Spannungsfeld von urheberrechtlicher Gemeinfreiheit und Titelschutz - Anmerkungen zu OLG München, GRUR-RR 2009, 307 - „Der Seewolf“
GRUR-RR 2009, 281 (Heft 8/9)

- **Poll, Günter**

"Darf's noch ein bisschen mehr sein?" Zur Unangemessenheit der Anwendung des Bestsellerparagrafen (§ 32a UrhG) auf den Filmbereich
ZUM 2009, 611 (Heft 8/9)

- **Rahmatian, Andreas**

The Concepts of "Musical Work" and "Originality" in UK Copyright Law - Sawkins v. Hyperion as a Test Case
IIC 2009, 560 (Heft 5)

- **Riesenhuber, Karl/Vogel, Alexander von**

Anm. zu BGH, Urt. v. 18.12.2008 - I ZR 23/06 - Kein zweistufiges Lizenzierungsverfahren bei Klingeltönen für Mobiltelefone
LMK 2009, 282531 (Ausgabe 6)

- **Satter, Karl**

Die Berner Urheberrechts-Konvention und das Internationale Privatrecht - Neuabdruck aus Geistiges Eigentum I 3 (1935/36) S. 241-256
UFITA 2009, 565 (Heft 2)

- **Schöwerling, Helena**

Anm. zu LG Frankfurt, Urt. v. 13.05.2009 - 2-06 O 172/09 - Wiedergabe von Werken an elektronischen Leseplätzen
ZUM 2009, 665 (Heft 8/9)

- **Schott, Ekkehart**

Anm. zu BGH, Urt. v. 04.12.2008 - I ZR 49/06 - Berechtigung eines Musikverlages, Ansprüche wegen der Verletzung der Rechte eines Künstlers, der einen GEMA-Vertrag geschlossen hat, geltend zu machen ("Mambo No. 5")
jurisPR-BGHZivilR 18/2009 Anm. 4

- **Schulze, Gernot**

Die Gebrauchsüberlassung von Möbelimitaten - Besprechung zu BGH „Le-Corbusier-Möbel II“
GRUR 2009, 812 (Heft 9)

- **Söbbing, Thomas**

Anm. zu OLG Frankfurt, Beschl. v. 12.05.2009 - 11 W 15/09 - Softwarelizenz-Handel mit Echtheitszertifikaten unzulässig
K&R 2009, 487 (Heft 7/8)

- **Sosnitzer, Olaf**

Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und urheberrechtlicher Gestaltungsspielraum für den Handel mit gebrauchter Software
ZUM 2009, 521 (Heft 7)

- **Suman, Janko**

Geistige und gewerbliche Urheberrechte - Neuabdruck aus Geistiges Eigentum I 2 (1935/36) S. 129-140
UFITA 2009, 539 (Heft 2)

- **Weber, Peter**

Die Reichweite des urheberrechtlichen Sendebegriffs aus Sicht der Europäischen Rundfunkunion EBU
ZUM 2009, 460 (Heft 6)

- **Vinding Kruse, Frederik**

Kann das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst mit Recht als geistiges Eigentum bezeichnet werden? - Neuabdruck aus Geistiges Eigentum I 4 (1935/36) S. 353-371
UFITA 2009, 579 (Heft 2)

- **Weber, Rolf H.**

Anm. zu Federal Administrative Court (CH) v. 27.05.2009 - A - 3144/2008 - Data Protection vs. Copyright
CRI 2009, 114 (Heft 4)

- **Well-Szőnyi, Catherine**

Anm. zu Cour de cassation, Urt. v. 01.07.2008 - Kein Urheberrechtsschutz für Parfüm "Le Male"
GRURInt 2009, 622 (Heft 7)

- **Weller, Matthias**

Anm. zu BGH, Urt. v. 16.09.2008 - VI ZR 244/07 - Postmortales Persönlichkeitsrecht und Theaterstück mit Wirklichkeitsbezug unter Vermengung tatsächlicher und fiktiver Schilderungen
LMK 2009, 282935 (Ausgabe 6)

- **Westkamp, Guido**

Code Protection, End Users and Fair Use: Mutations of the Copyright Nexus Debate
CRI 2009, 104 (Heft 4)

- **Zagouras, Georgios**

Electronic Press Reviews and Intellectual Property Law in Germany, Switzerland and Italy - A Comparative Perspective
IIC 2009, 538 (Heft 5)

III. MARKEN- UND KENZEICHENRECHT

- **Anil, Samtani/Faye, Chiam Pui Hoon/Julian,** Lim Jie Ren/Jeremy, Wee Ze Min

Smell Marks - A Singapore Study and the Implications for the Commercial Use and Exploitation of Non-Traditional Trade Marks
IIC 2009, 698 (Heft 6)

- **Baronikians, Patrick**

Mondfinsternis im Elfenland - Wider die Kriminalisierung des Kennzeichenrechts
K&R 2009, 376 (Heft 6)

- **Berlit, Wolfgang**

Rechtserhaltende Benutzung von Marken bei Zugaben
GRUR 2009, 810 (Heft 9)

- **Berlit, Wolfgang**

Anm. zu BGH, Urt. v. 19.02.2009 - I ZR 195/06 - Schutz eines Zeichens als Benutzungsmarke (UHU)
LMK 2009, 286758 (Ausgabe 8)

- **Böttcher, Horst**

Parallelimporte und deren Abwehr - Gestaltungsmöglichkeiten im Rahmen der regionalen markenrechtlichen Erschöpfung
GRURInt 2009, 646 (Heft 8/9)

- **Bugdahl, Volker/Felchner, Thomas**
- **Let's Struwel together - Struwelbranding und Struwelmarke**

(Dr. Heinrich Hoffmann zum 200. Geburtstag am 13.06.2009)
MarkenR 2009, 349 (Heft 7/8)

- **Bundi, Marco/Schmidt, Benedikt**

Kann ein an sich täuschendes Markenelement durch weitere Elemente neutralisiert werden?
sic! 2009, 636 (Ausgabe 9)

- **Drögsler, Steffen**

Die rechtserhaltende Benutzung einer Marke für "Nebenprodukte"
WRP 2009, 922 (Heft 8)

- **Engels, Gabriele**

Keyword Advertising: Zwischen beschreibender, unsichtbarer und missbräuchlicher Verwendung
MarkenR 2009, 289 (Heft 6)

- **Fayaz, Nilab**

Sanktionen wegen der Verletzung von Gemeinschaftsmarken: Welche Gerichte sind zuständig und welches Recht ist anzuwenden? (2)
GRURInt 2009, 566 (Heft 7)

- **Grabienski, Katja**

Kosten im Markenlöschungsverfahren wegen Nichtbenutzung - vor Gericht ist jedermann gleich
MarkenR 2009, 347 (Heft 7/8)

- **Hacker, Franz**

Anm. zu EuGH, Urt. v. 18.06.2009 - C-487/07 - Funktionenlehre und Benutzungsbegriff nach "L'Oréal"
MarkenR 2009, 333 (Heft 7/8)

- **Imhof, Martin**

Anm. zu OLG Hamburg, Urt. v. 27.11.2008 - 3 U 146/06 - Kein Handelsvertreterausgleichsanspruch des Lizenznehmers nach Beendigung eines "reinen" Markenlizenzvertrags
GWR 2009, 273 (Heft 11)

- **Knaak, Roland**

Keyword Advertising - Das aktuelle Key-Theme des Europäischen Markenrechts
GRURInt 2009, 551 (Heft 7)

- **Koch, Benjamin**

Anm. zu EuGH, Urt. v. 23.04.2009 - Rs. C-59/08 - Vertrieb von Luxusmarkenware in Discounter (Copad SA ./ Christian Dior couture SA u. a.)
EuZW 2009, 456 (Heft 13)

- **Kohli, Thomas**

Keine Markenrechtsverletzung durch Google AdWords
sic! 2009, 629 (Ausgabe 9)

- **Kreft, Wojciech**

Anm. zu EuGH, Urt. v. 18.06.2009 - Rs. C-487/07 - Markenverletzung durch vergleichende Werbung (L'Oréal SA u. a. ./ Bellure NV u. a.)
EuZW 2009, 580 (Heft 16)

- **Kummermehr, Michael**

Anm. zu BGH, Urt. v. 22.01.2009 - I ZR 30/07 - Verwendung fremder Kennzeichen als AdWords (Beta Layout)
ZUM 2009, 565 (Heft 7)

- **Lensing-Kramer, Andrea/Ruess, Peter**

Markenrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Auktionsportalen im Rechtsvergleich - Deutschland als Vorbild für Europa?
GRUR 2009, 722 (Heft 8)

- **Liu, Kung-Chung/Tao, Xinliang/Wang, Eric**

The Use and Misuse of Well-Known Marks Listings
IIC 2009, 685 (Heft 6)

- **Luckhaus, Ulrich**

Anm. zu LG Köln, Urt. v. 08.05.2009 - 81 O 220/08 - Anspruch auf Löschung des Dispute-Eintrags einer Gemeinde (welle.de)
GRUR-RR 2009, 261 (Heft 7)

- **Maume, Philipp**

Anm. zu OLG Stuttgart, Urt. v. 19.03.2009 - 2 U 47/08 - hartplatzhelden.de
MMR 2009, 398 (Heft 6)

- **Mehler, Ulrich**

Neues zur markenrechtlichen (Un)Zulässigkeit von Parallelimporten von Arzneimitteln und ihrem Umpacken
MarkenR 2009, 281 (Heft 6)

- **Meister, Herbert E.**

Realitäten der Marken-Wahrnehmung: Erste sozial-empirische Annäherungen
WRP 2009, 1043 (Heft 9)

- **Möllers, Thomas M. J./Bornemann, Ben**

Anm. zu EuGH, Urt. v. 04.06.2009 - C-8/08 - Abgestimmte Verhaltensweise zu wettbewerbswidrigen Zwecken
LMK 2009, 286859 (Ausgabe 8)

- **Müller, Tobias Malte**

".eu"-Domains: Widerruf aufgrund zweijähriger Nichtbenutzung ab Domainregistrierung
GRURInt 2009, 653 (Heft 8/9)

- **Mushchinina, Valeria**

Anm. zu Präsidium des Obersten Arbitragegerichts der Russischen Föderation, Urt. v. 03.02.2009 - 10 458/08 - Parallelimport eines Originalfahrzeugs ohne Zustimmung des Markeninhabers keine zollbehördlich verfolgbare Markenverletzung (Porsche Cayenne S.)
GRURInt 2009, 759 (Heft 8/9)

- **Ohly, Ansgar**

Keyword-Advertising auf dem Weg von Karlsruhe nach Luxemburg
GRUR 2009, 709 (Heft 8)

- **Recke, Kai**

Anm. zu BGH, Urt. v. 23.10.2008 - I ZR 11/06 - Vorname gewinnt gegen Nachname ("raule.de")
K&R 2009, 400 (Heft 6)

- **Rössel, Markus**

Anm. zu BGH, Urt. v. 19.02.2009 - I ZR 135/06 - Kein Lösungsanspruch aus später entstandenem Unternehmenskennzeichen gegen bereits registrierte Domain ("ahd.de")
K&R 2009, 478 (Heft 7/8)

- **Schubert, Maximilian/Ott, Stephan**

AdWords - Schutz für die Werbefunktion einer Marke?
MarkenR 2009, 338 (Heft 7/8)

- **Thouvenin, Florent**

Nichtigkeit und Anfechtbarkeit im Markenrecht
sic! 2009, 544 (Ausgabe 7/8)

- **Ullmann, Eike**

Anm. zu BPatG, Beschl. v. 10.12.2008 - 29 W (pat) 67/07 - Markenschutz für "Abschlussstück" ("Bleistift mit Kappe")
jurisPR-WettbR 8/2009 Anm. 2

- **Well-Szőnyi, Catherine**

Adwords: Die Kontroverse um die Zulässigkeit der Verwendung fremder Marken als Schlüsselwort in der französischen Rechtsprechung
GRURInt 2009, 557 (Heft 7)

- **Westermeier, J. T.**

Infringing Sale of Trademarks As Keyword Triggers for Internet Advertisements - The Two Meanings of "Use in Commerce" under the Lanham Act
CRI 2009, 97 (Heft 4)

- **Yu, Ling**

Der Schutz nicht eingetragener Marken in der Volksrepublik China
GRURInt 2009, 664 (Heft 8/9)

IV. WETTBEWERBSRECHT

- **Beater, Axel**

Mitbewerber und sonstige unternehmerische Marktteilnehmer - Wandel, Bedeutung und Abgrenzung der unternehmensbezogenen Schutzzwecke des UWG
WRP 2009, 768 (Heft 7)

- **Wolfgang Berlit**

Anm. zu BGH, Urt. v. 23.10.2008 - I ZR 197/06 - Klagebefugnis eines Verbandes (Sammelmitgliedschaft VI)
LMK 2009, 282513 (Ausgabe 6)

- **Beyerlein, Thorsten**

Anm. zu BGH, Urt. v. 11.03.2009 - I ZR 114/06 - Haftung des Inhabers eines eBay-Kontos wegen Wettbewerbsverstößen eines Dritten bei unzureichend gesicherten Zugangsdaten ("Halzband")
EWiR 2009, 453 (Heft 14)

- **Blasek, Katrin**

Versteckte Preisangaben im Internet
GRUR-RR 2009, 241 (Heft 7)

- **Bucher, Hannes**

Anm. zu OLG Braunschweig, Urt. v. 16.12.2008 - 2 U 9/08 - Gesetzliche Krankenversicherung, private Zusatzversicherung, Vermittlung, Anwendbarkeit des UWG, Rechtsweg
EWiR 2009, 491 (Heft 15)

- **Dembowski, Jürgen**

Anm. zu EuGH, Urt. v. 23.04.2009 - C-261/07 und C-299/07, C-261/07, C-299/07 - Richtlinienkonformität nationaler Regelungen zum Verbot von Kopplungsangeboten
jurisPR-WettbR 6/2009 Anm. 1

- **Ehmann, Timo**

Monopole für Sportverbände durch ergänzenden Leistungsschutz?
GRURInt 2009, 659 (Heft 8/9)

- **Ernst, Stefan**

Bußgelder für unverlangte Telefonwerbung - Zum neuen § 20 UWG

jurisPR-WettbR 8/2009 Anm. 1

- **Ernst, Stefan**

Anm. zu OLG Köln, Urt. v. 05.06.2009 - 6 U 223/08 - Wettbewerbswidrige Vermittlung der Mitnutzung von Flatrate-Internetzugängen
jurisPR-WettbR 8/2009 Anm. 4

- **Hambach, Wulf/Münstermann, Susanna**

50-Cent-Gewinnspiele: Im TV erlaubt, im Internet verboten?
K&R 2009, 457 (Heft 7/8)

- **Hoeren, Thomas**

Das neue UWG und dessen Auswirkungen auf den B2B-Bereich
WRP 2009, 789 (Heft 7)

- **Intveen, Carsten**

Anm. zu OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 26.09.2008 - 13 B 1396/08 - Untersuchung unzulässiger Gewinnanrufe
ITRB 2009, 152 (Heft 7)

- **Isele, Jan-Felix**

Von der „Wettbewerbshandlung“ zur „geschäftlichen Handlung“: Hat die „Änderung der Voreinstellung“ ausgedient?
GRUR 2009, 727 (Heft 8)

- **Keirsbilck, Bert**

Towards A Single Regulatory Framework on Unfair Commercial Practices?
European Business Law Review 2009, 507 (Heft 4)

- **Köhler, Helmut**

Ist der Unlauterkeitstatbestand des § 4 Nr. 6 UWG mit der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken vereinbar?
GRUR 2009, 626 (Heft 7)

- **Köhler, Helmut**

Neue Regelungen zum Verbraucherschutz bei Telefonwerbung und Fernabsatzverträgen
NJW 2009, 2567 (Heft 35)

- **Köhler, Helmut**

Unzulässige geschäftliche Handlungen bei Abschluss und Durchführung eines Vertrags
WRP 2009, 898 (Heft 8)

- **Körber, Thomas C./Heinlein, Katharina**

Informationspflichten und neues UWG
WRP 2009, 780 (Heft 7)

- **Liesching, Marc**

Anm. zu LG Köln, Urt. v. 07.04.2009 - 33 O 45/09 - Glücksspieleigenschaft eines 50-Cent-Gewinnspiels im Internet
MMR 2009, 486 (Heft 7)

- **Mäsch, Gerald/Hesse, Katharina**

Übungsklausur Schwerpunktbereich Wettbewerbsrecht: Frust beim Flirten und das neue UWG
Jura 2009, 712 (Heft 8)

- **Möller, Mirko**

"20% auf (fast) alles" - Rabattwerbung in der Beurteilung des Wettbewerbsrechts
NJW 2009, 2510 (Heft 34)

- **Nussbaum, Caroline/von Krienke, Konstantin**

Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern nach dem Payback-Urteil
MMR 2009, 372 (Heft 6)

- **Omsels, Hermann-Josef**

Anm. zu OLG Frankfurt, Urt. v. 26.03.2009 - 6 U 242/08 - Irreführungsgefahr bei der Täuschung eines nur kleinen Teils des angesprochenen Verkehrs
jurisPR-WettbR 7/2009 Anm. 4

- **Peifer, Karl-Nikolaus**

Anm. zu BGH, Urt. v. 05.11.2008 - I ZR 55/06 - Informationspflichten in der Werbung für Prepaid-Mobiltelefone ("XtraPac")
jurisPR-WettbR 7/2009 Anm. 3

- **Scherer, Inge**

Lauterkeitsrecht und Leistungsstörungen - Veränderung des Verhältnisses durch § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG?
WRP 2009, 761 (Heft 7)

- **Schirmbacher, Martin**

UWG 2008 - Auswirkungen auf den E-Commerce
K&R 2009, 433 (Heft 7/8)

- **Schützle, Kai**

Fernabsatzrechtliche Informationspflichtverstöße immer "spürbar" - Warum die Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG fernabsatzrechtliche Informationspflicht-

verstöße über die Bagatellschwelle des § 3 Abs. 1 UWG hebt
CR 2009, 443 (Heft 7)

- **Seichter, Dirk**

Anm. zu OLG Frankfurt, Urt. v. 04.12.2008 - 6 U 186/07 - Gewinnabschöpfung bei Kostenfalle im Internet
jurisPR-WettbR 6/2009 Anm. 5

- **Seichter, Dirk**

Anm. zu OLG Hamburg, Urt. v. 04.03.2009 - 5 U 260/08 - Einwilligung in die Telefonwerbung durch AGB ("Telefonische Angebote aus dem Abonnementbereich")
jurisPR-WettbR 7/2009 Anm. 5

- **Sieme, Stefan**

Die Auslegung des Begriffs "zu Lasten" in § 10 UWG und § 34a GWB - Nichtzulassungsbeschwerden beim I. Zivilsenat des BGH zu § 10 UWG
WRP 2009, 914 (Heft 8)

- **Ullmann, Eike**

Anm. zu BGH, Urt. v. 22.01.2009 - III ZR 233/07 - Kein qualifizierter Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht bei objektiv nachvollziehbaren Erwägungen nationaler Instanzen zur Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht
jurisPR-WettbR 6/2009 Anm. 2

- **Wiltschek, Lothar/Majchrzak, Katharina**

Wettbewerbs- und Markenrecht in Österreich - Eine Übersicht über die im Jahr 2008 veröffentlichten Entscheidungen
WRP 2009, 875 (Heft 8)

V. KARTELLRECHT

- **Al-Ameen, Abayomi**

Restitutionary Remedies in Competition Law: Bull in a China Shop?
World Competition 2009, 327 (Heft 3)

- **Albath, Lars/Nilsson-Bottka, Cecilia/Wessely, Rainer**

Bringing light into the dark: Commission fines long-lasting candle wax cartel more than EUR 676 million
Competition Policy Newsletter 2009 (Ausgabe 1)

• **Amelio, Andrea/Asbo, Pablo/de la Mano, Miguel/Maximiano, Ruben/Porubsky, Viktor**
ABF/GBI Business: coordinated effects baked again
Competiton Policy Newsletter 2009 (Ausgabe 1)

• **Bosch, Wolfgang/Colbus, Birgit/Harbusch, Antonia**
Berücksichtigung von Compliance-Programmen in Kartellbußgeldverfahren
WuW 2009, 740 (Heft 7/8)

• **Botta, Marco**
The Cooperation between the Competition Authorities of the Developing Countries: Why does it not Work? Case Study on Argentina and Brazil
The Competition Law Review 2009, 153 (Volume 5 Issue 2 – July 2009)

• **Brandenberg, Alexandra**
Entwicklungen in der Eisenbahnregulierung aus europäischer Sicht
EuZW 2009, 359 (Heft 12)

• **Braun, Christian/Rieske, Ullrich**
Nebenbestimmungen einer kartellrechtlichen Ministererlaubnis
WM 2009, 1265 (Heft 27)

• **Brinker, Ingo**
Die Modernisierung des EG-Kartellrechts – Erste Erfahrungen mit der Verordnung 1/2003
Europarecht 2009, 47 (Beiheft zu Europarecht Heft 2/2009)

• **Brunhes, Thomas**
Extension of postal monopolies: the Slovak law reserving hybrid mail delivery services for Slovenská Pošta infringed Article 86 in conjunction with Article 82
Competiton Policy Newsletter 2009 (Ausgabe 1)

• **Chauve, Philippe/Godfried, Martin/Kovács, Kristóf/Langus, Gregor/Nagy, Károly/Siebert, Stefan**
The E.ON electricity cases: an antitrust decision with structural remedies
Competiton Policy Newsletter 2009 (Ausgabe 1)

• **Cloarec, Jérôme/Johansson, Dag/Redondo, Philippe/Donath,**

Daniel/Glowicka, Elzbieta/Hariton, Cyril
Fuel for thought — StatoilHydro/ConocoPhillips (Jet)
Competiton Policy Newsletter 2009 (Ausgabe 1)

• **Däuper, Olaf/Wöstehoff, Knut**
Die Entscheidung der Bundesnetzagentur in Sachen OPAL: eine kritische Auseinandersetzung
ZNER 2009, 99 (Heft 2)

• **Degenhart, Christoph**
Staatspresse in der Informationsgesellschaft – Verfassungsrechtliche und wettbewerbsrechtliche Schranken für die Publikationstätigkeit der öffentlichen Hand
ApF 2009, 207 (Heft 3)

• **de la Mano, Miguel/D'Souza, Patrick/Langus, Gregor/Lissens, Martine/Lorincz, Szabolcs/Mauger, Jean-Christophe/Polverino, Fabio/Specker, Axel**
Friesland Foods/Campina: a merger between two Dutch dairy cooperatives approved with a set of comprehensive remedies
Competiton Policy Newsletter 2009 (Ausgabe 1)

• **Dreher, Meinrad**
Die Kontrolle des Wettbewerbs in Innovationsmärkten – Marktabgrenzung und Marktbeherrschung in innovationsgeprägten Märkten
ZWeR 2009, 149 (Heft 2)

• **Driessen Reilly, Miriam/Panayides, Polyvios/De Coninck, Raphaël**
EdF/BE: Yin and yang — why complementarity can be problematic
Competiton Policy Newsletter 2009 (Ausgabe 1)

• **Ehrlicke, Ulrich**
Anm. zu BGH, Beschl. v. 11.11.2008 – KVR 60/07 – Marktabgrenzung und Zusammenschlusskontrolle im Stromsektor
JZ 2009, 581 (Heft 11)

• **Emmerich, Volker**
Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 11.11.2008 – KVR 60/07 – Fusionskontrolle; Duopol von RWE und E.ON auf dem Energiemarkt
JuS 2009, 671 (Heft 7)

• **Epple, Matthias**
Die Ökonomisierung der deutschen Fusionskontrolle unter dem Eindruck des "more economic approach"
ZWeR 2009, 220 (Heft 2)

• **Fikentscher, Wolfgang**
Finanzkrise, Wettbewerb und Regulierung
GRURInt 2009, 635 (Heft 8/9)

• **Finell, Lisbe**
The Article 82 Reform: Increasing the Incentives to Comply?
World Competition 2009, 283 (Heft 3)

• **Fritzsche, Jörg**
Anm. zu BGH, Urt. v. 10.12.2008 – KZR 54/08 – Einschränkende Auslegung eines Wettbewerbsverbots (Subunternehmervertrag II)
LMK 2009, 286338 (Ausgabe 8)

• **Fuchs, Andreas**
Die Anordnung von Wiedergutmachungszahlungen als Inhalt kartellbehördlicher Abstellungsverfügungen nach § 32 GWB?
ZWeR 2009, 176 (Heft 2)

• **Galloway, Jonathan**
Convergence in International Merger Control
The Competition Law Review 2009, 179 (Volume 5 Issue 2 – July 2009)

• **Graber, Andrea/Langenegger, Markus**
Fusionskontrolle im Schweizer Detailhandel – Ökonomische Aspekte der Verfahren Migros/Denner und Coop/Carrefour
sic! 2009 (Ausgabe 6)

• **Heinemann, Andreas**
Anm. zu BGH, Urt. v. 06.05.2009 – KZR 39/06 – Missbräuchlichkeit bei Verweigerung eines Lizenzvertrags (Orange-Book-Standard)
LMK 2009, 286659 (Ausgabe 8)

• **Heselberger, Johannes**
Anm. zu BGH, Urt. v. 06.05.2009 – KZR 39/06 – Zulässigkeit des kartellrechtlich begründeten "Zwangslizenzinwandes" gegenüber der Patentverletzungsklage ("Orange-Book-Standard")
jurisPR-WettbR 7/2009 Anm. 1

• **Holzmüller, Tobias/Köckritz, Christian von**
Zur Kartellrechtswidrigkeit langfristiger Bezugsbindungen und ihrer prozessualen Geltendmachung
BB 2009, 1712 (Heft 33)

• **Holznagel, Bernd**
Anreize für die vertikale Verflechtung zwischen Presse und Rundfunk oder wirksame Konzentrationsbegrenzung? Zur Verfassungsgemäßheit der §§ 33a-33d LMG-E NRW
ZUM 2009, 620 (Heft 8/9)

• **Jaeger, Thomas**
Vertragsdeterminierung durch Wettbewerbsrecht am Beispiel Opel
GPR 2009, 192 (Heft 4)

• **Jestaedt, Thomas/Wiemann, Joachim**
Anwendung des EU-Beihilfenrechts in der Finanzmarktkrise – Wettbewerbspolitisches Regulativ, Hemmschuh oder Feigenblatt?
WuW 2009, 606 (Heft 6)

• **Juknevičute, Vita/List, Bjarke**
The banana cartel decision
Competiton Policy Newsletter 2009 (Ausgabe 1)

• **Kießling, Erik**
Neues zur Schadensabwälzung
GRUR 2009, 733 (Heft 8)

• **Knieps, Günter**
Sektorsymmetrische Regulierung in Netzsektoren: ein Vergleich zwischen Erdgas und Elektrizität
N&R 2009, 138 (Heft 3)

• **Köhler, Markus/Rüger, Schirin**
Netznutzungsentgelte im Vorfeld der Regulierung – Der Vattenfall-Beschluss des BGH
ZNER 2009, 137 (Heft 2)

• **Kuchinke, Björn A.**
Wissenschaftsfreiheit vor Wettbewerb? Wettbewerbsökonomische Anmerkungen zur Empfehlung der Monopolkommission im Ministererlaubnisverfahren Greifswald/Wolgast
ZWeR 2009, 209 (Heft 2)

• **Leidinger, Tobias/Berger, Peter**

Ausnahmen von der Regulierung - Zur Definition und Abgrenzung regulierungsfreier Tatbestände nach dem EnWG
WuW 2009, 161 (Heft 6)

• **Masseli, Markus**

Volksrepublik China: Entscheidungspraxis des Handelsministeriums - Fusionskontrolle im Spannungsfeld von Kartellrecht und Protektionismus
GRURInt 2009, 633 (Heft 7)

• **Meessen, Karl M.**

Prinzip Wettbewerb
JZ 2009, 697 (Heft 14)

• **Meisel, John B.**

A Tale of Two Economic Approaches to Evaluate Forbearance Petitions
World Competition 2009, 367 (Heft 3)

• **Meßmer, Stefan**

Die "enwag"-Entscheidung des OLG Frankfurt: Eine weitere Bastion fällt?
WuW 2009, 761 (Heft 7/8)

• **Monke, Sigyn/Piazza, Lorenzo/Simon, Stephan**

Commission imposes the highest-ever cartel fine (more than EUR 1.3 billion) on four car glass manufacturers
Competition Policy Newsletter 2009 (Ausgabe 1)

• **Müller-Graf, Peter-Christian**

Finanzmarktkrise und Wirtschaftsordnungsrecht: Aufwind für den "Regulierungsstaat"?
EWS 2009, 201 (Heft 6)

• **Nebbia, Paolisa/Szysczak, Erika**

White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules
European Business Law Review 2009, 635 (Heft 5)

• **Noonan, Chris**

Globalisation, International Enforcement and Extraterritoriality
The Competition Law Review 2009, 147 (Volume 5 Issue 2 - July 2009)

• **Peeperkorn, Luc/Viertö, Katja**

Implementing an effects-based approach to Article 82
Competition Policy Newsletter 2009 (Ausgabe 1)

• **Phang, Sock-Yong**

Competition Law and the International Transport Sectors
The Competition Law Review 2009, 193 (Volume 5 Issue 2 - July 2009)

• **Podszun, Rupprecht**

Fusionskontrolle: Ein neuer Damm gegen die Anmeldeflut
GWR 2009, 5 (Heft 1)

• **Raass, Adrian**

„Direkte“ Sanktionen im Kartellgesetz: über Kosten und Nutzen
sic! 2009 (Ausgabe 7/8)

• **Rajabiun, Reza**

Strategic Considerations in the Emergence of Private Action Rights
World Competition 2009, 409 (Heft 3)

• **Richter, Thilo**

Der Sicherheitszuschlag für unsichere Entgeltregulierung nach dem EnWG
N&R 2009, 148 (Heft 3)

• **Rosso, Selene**

Ways to Promote Workable Private Antitrust Enforcement in Italy
World Competition 2009, 305 (Heft 3)

• **Ruess, Peter/Slopek, David E. F.**

Discounter als "luxusfreie Zone"? Vertriebsbeschränkungen für Premiummarken auf dem Prüfstand
WRP 2009, 1021 (Heft 9)

• **Schnelle, Ulrich/Denzel, Stefanie**

Einstweiliger Rechtsschutz im Verfahren der Beschwerde gegen fusionsrechtliche Untersagungsentscheidungen
WuW 2009, 632 (Heft 6)

• **Schroeder, Dirk**

Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern
WuW 2009, 718 (Heft 7/8)

• **Seehafer, Astrid**

Die Verwendung ökonomischer Modelle in der Fusionskontrollverordnung aus juristischer Perspektive
WuW 2009, 728 (Heft 7/8)

• **Sieberg, Christoph/Vallone, Angelo**

Anm. zu BGH, Urt. v. 29.04.2008 - KZR 2/07 - Erdgassondervertrag

ZWeR 2009, 245 (Heft 2)

• **Sobola, Sabine**

Preisangaben bei Geschäften im Internet - Der derzeitige Stand der Rechtsprechung
ITRB 2009, 165 (Heft 7)

• **Stewing, Clemens**

Enteignung und Systemrelevanz von Finanzunternehmen vor dem Hintergrund des Europäischen Wettbewerbsrechts - Die Gesetze zur Finanzmarktstabilisierung und ihr europarechtlicher Rahmen
EWS 2009, 303 (Heft 8)

• **Stuyck, Jules**

Class Actions in Europe? To Opt-In or to Opt-Out, that is the Question
European Business Law Review 2009, 483 (Heft 4)

• **Valkama, Pekka/Virtanen, Martti**

Competitive Neutrality and Distortion of Competition: A Conceptual View
World Competition 2009, 393 (Heft 3)

• **Wagner, Eckart**

Die Analyse kollektiver Marktbeherrschung in der deutschen Fusionskontrolle im Vergleich zur europäischen Fusionskontrolle
WuW 2009, 619 (Heft 6)

• **Weberling, Johannes/Nieschalk, Malte**

Kein Bedarf für eine übereilte Reform der Pressefusionskontrolle!
AFP 2009, 221 (Heft 3)

• **Wiemer, Frederik**

Informationsaustausch im Vertikalverhältnis - Berichtspflichten des Vertragshändlers im Spannungsverhältnis zwischen Kartellrecht und HGB
WuW 2009, 750 (Heft 7/8)

• **Wölfle, Ilka**

Das Spannungsverhältnis zwischen dem Unfallversicherungsmonopol der gewerblichen Berufsgenossenschaft und dem Gemeinschaftsrecht
ZEus 2009, 301 (Heft 2)

• **Wolter, Maria Christina**

Hohe Belastung für Gasversorgungsunternehmen: Zur analogen Anwendbarkeit der §§ 119 ff. BGB auf Verpflichtungszusagen nach § 32b Abs. 1 GWB
RdE 2009, 247 (Heft 8)

• **Wolf, Maik**

Anm. zu BGH, Beschl. v. 14.08.2008 - KVR 27/07 - Stadtwerke Engen
ZWeR 2009, 232 (Heft 2)

VI. SONSTIGES

• **Alexander, Christian**

Kollektiver Rechtsschutz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht
JuS 2009, 590 (Heft 7)

• **Becker, Jörg**

Anm. zu LG Hamburg, Urt. v. 02.09.2008 - 312 O 426/08 - Wettbewerbsverhältnis zwischen Finanzdienstleister und Rechtsanwaltskanzlei
GWR 2009, 254 (Heft 10)

• **Boehme-Neßler, Volker**

Vertrauen im Internet - Die Rolle des Rechts
MMR 2009, 439 (Heft 7)

• **Bräutigam, Peter**

Anm. zu OLG Frankfurt, Beschl. v. 12.05.2009 - 11 W 15/09 - Rechtswidrigkeit des Handels mit "gebrauchten" Software-Echtheitszertifikaten
MMR 2009, 545 (Heft 8)

• **Brennecke, Carsten**

Anm. zu OLG Hamburg, Beschl. v. 24.04.2007 - 3 U 50/07 - Namensrechtsverletzung durch .eu-Domain (telekom-bundesliga.eu)
ITRB 2009, 173 (Heft 8)

• **Degenhart, Christoph**

Verfassungsfragen des Jugendschutzes beim Film
UFITA 2009, 331 (Heft 2)

• **Ditscheid, Alexander/Ufer, Frederic**

Die Novellierung des TKG 2009 - ein erster Überblick
MMR 2009, 367 (Heft 6)

• **Döpfkens, Harm-Randolf**

Europäische Film- und Fernsehförderung im Spiegel der WTO: Zur welthandelsrechtlichen Beurteilung von Quotenregelungen und finanziellen Fördermaßnahmen für Film und Fernsehen
UFITA 2009, 403 (Heft 2)

- **Dünnwald, Dirk**

Anmerkungen zum Contergan-Urteil des Oberlandesgerichts Hamburg vom 16. Dezember 2008 – 7 U 49/08; Zugleich eine Auseinandersetzung mit den Esra-Urteilen des Bundesgerichtshofs vom 21. Juni 2005 (ZUM 2005, 735) und des Bundesverfassungsgerichts vom 13. Juni 2007 (ZUM 2007, 829)
ZUM 2009, 538 (Heft 7)

- **Grützmacher, Malte**

Open Source Software und Embedded Systems – Eine Analyse vor dem Hintergrund der GNU GPL und LGPL
ITRB 2009, 184 (Heft 8)

- **Haag, Eckart**

Nachträglicher Wegfall der Wirkungen einer Abschlusserklärung
WRP 2009, 795 (Heft 7)

- **Hansen, Hauke/Wolff-Rojczyk, Oliver**

Schadenswiedergutmachung für geschädigte Unternehmen der Marken- und Produktpiraterie – das Adhäsionsverfahren
GRUR 2009, 644 (Heft 7)

- **Have, Harro von/Harris, Sara Ann**

Der neue kulturelle Test des Filmförderungsgesetzes – Ein Schritt Richtung Kulturförderung?
ZUM 2009, 470 (Heft 6)

- **Hecht, Florian**

Verantwortlichkeit für Benutzerkonten im Internet
K&R 2009, 462 (Heft 7/8)

- **Hoeren, Thomas/Spittka, Jan**

Aktuelle Entwicklungen des IT-Vertragsrechts – ITIL, Third Party Maintenance, Cloud Computing und Open Source Hybrids
MMR 2009, 583 (Heft 9)

- **Hoffmann, Helmut**

Die Entwicklung des Internet-Rechts bis Mitte 2009
NJW 2009, 2649 (Heft 36)

- **Knauer, Florian**

Neue juristische Publikationsformate im Internet – Stand, Perspektiven und Auswirkungen von Open Access, Wikis, Blogs, Twittern und Podcasts
NJOZ 2009, 3004 (Ausgabe 36)

- **Krekel, Jan F.**

Diensteanbieter als Überwachungsgaranten? Rechtliche und technische Grenzen der Kontrolle von (schutzrechtsverletzenden) Informationen im Internet
WRP 2009, 1029 (Heft 9)

- **Lege, Joachim**

Drei Versuche über Demokratie – unter besonderer Berücksichtigung der Idee des Wettbewerbs
JZ 2009, 756 (Heft 15/16)

- **Luther, Christoph**

Postmortaler Persönlichkeitsschutz als Grenze der Kommunikationsgrundrechte
AFP 2009, 215 (Heft 3)

- **Marly, Jochen**

Anm. zu BGH, Urt. v. 23.10.2008 – I ZR 11/06 – Namensschutz bei Vornamen als Domainnamen (raule.de)
LMK 2009, 282034 (Ausgabe 6)

- **Martini, Mario**

Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 19.05.2009 – Rs. C-171/07, C-172/07 – Fremdbesitzverbot bei Apotheken; Filialerlaubnis für Doc-Morris)
NJW 2009, 2116 (Heft 29)

- **Meller-Hannich, Caroline**

Anm. zu LG Dortmund, Beschl. v. 30.01.2009 – 8 O 198/08 – Örtliche Zuständigkeit für Unterlassungsklagen wegen Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Gerichtsstandskonzentration für Verbraucherschutzklagen
WuB 2009, 575 (Heft 8); (VII D. § 6 UKlaG 1.09)

- **Müller-Terpitz, Ralf/Weigl, Michaela**

Ownership Unbundling – ein gemeinschaftsrechtlicher Irrweg?
Europarecht 2009, 348 (Heft 3)

- **Niemann, Fabian/Paul, Jörg-Alexander**

Bewölkt oder wolkenlos – rechtliche Herausforderungen des Cloud Computings
K&R 2009, 444 (Heft 7/8)

- **Oster, Jan**

Marktdefinition und Marktanalyse im System des Rechtsschutzes
MMR 2009, 454 (Heft 7)

- **Ott, Stephan**

Schutz der Nutzerdaten bei Suchmaschinen. Oder: Ich weiß, wonach du letzten Sommer gesucht hast...
MMR 2009, 448 (Heft 7)

- **Paal, Boris P.**

Mediale Verwertung von Sportveranstaltungen und Leistungsschutz
CR 2009, 438 (Heft 7)

- **Pautke, Stephanie/Schultze, Jörg-Martin**

Anmerkung zu LG Berlin, Urt. v. 21.04.2009 – 16 O 729/07 – Händler darf Scout-Schulranzen bei eBay anbieten
BB 2009, 1382 (Heft 26)

- **Podszun, Rupprecht**

Anm. zu BGH, Urt. v. 10.12.2008 – KZR 54/08 – Wenig Milde bei nachvertraglichen Wettbewerbsverboten
GWR 2009, 70 (Heft 3)

- **Reinholz, Fabian**

Richtig abmahnen – Wie lassen sich Fehler bei der Abmahnung vermeiden?
ITRB 2009, 180 (Heft 8)

- **Rieble, Volker**

„Kinderwärmekissen“ und Vertragsstrafendogmatik
GRUR 2009, 824 (Heft 9)

- **Rössel, Markus**

Anm. zu BGH, Urt. v. 11.03.2009 – I ZR 114/06 – Haftung für ein eBay-Mitgliedskonto (Halzband)
CR 2009, 453 (Heft 7)

- **Rössel, Markus**

Anm. zu BGH, Urt. v. 11.03.2009 – I ZR 114/06 – Verantwortlichkeit für Missbrauch des eBay-Accounts
ITRB 2009, 147 (Heft 7)

- **Rössel, Markus**

Anm. zu BGH, Urt. v. 19.02.2009 – I ZR 135/06 – Rechtserhaltende Domainnutzung
ITRB 2009, 172 (Heft 8)

- **Sankol, Barry**

Anm. zu OLG Karlsruhe, Urt. v. 04.12.2008 – 4 U 86/07 – Beweisverwertungsverbot von IP-Adressen im Zivilprozess
MMR 2009, 415 (Heft 6)

- **Schnabel, Christoph**

Anm. zu BVerfG, Beschl. v. 17.02.2009 – 2 BvR 1372/07, 2 BvR 1745/07 – Ermittlungen über private Kreditkartenunternehmen gegen Online-Angebote (Mikado)
CR 2009, 384 (Heft 6)

- **Schnabel, Christoph**

Anm. zu LG Hamburg, Urt. v. 12.11.2008 – 308 O 548/08 – Störerhaftung eines Access-Providers
ZUM 2009, 590 (Heft 7)

- **Schulze zur Wiesche, Jens**

Anm. zu LG Mannheim, Urt. v. 12.05.2009 – 2 O 268/08 – Abofalle und AGB von Download-Angeboten
MMR 2009, 574 (Heft 8)

- **Slopek, David E. F.**

Anm. zu LG Berlin, Urt. v. 21.04.2009 – 16 O 729/07 – Ausschluss des Vertriebs über eBay
CR 2009, 542 (Heft 8)

- **Solmecke, Christian/Müller, Lenz Philipp**

Anm. zu AG Frankfurt a. M., Urt. v. 13.02.2009 – 32 C 2323/07-72 – Kein fliegender Gerichtsstand bei Internetstreitigkeiten
MMR 2009, 492 (Heft 7)

- **Stiemerling, Oliver**

Software Usability – Veränderte Ansprüche an Programm und Dokumentation: Berücksichtigung im IT-Vertrag und Bewertung im Rechtsstreit
ITRB 2009, 154 (Heft 7)

- **Stöckli, Katja/Dannacher, Philipp J.**

Überblick über die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Bereich des geistigen Eigentums im Jahre 2008
sic! 2009 (Ausgabe 6)

- **Storost, Christian**

Anm. zu EuGH, Urt. v. 11.06.2009 – Rs. C-564/07 – Berufshaftpflichtversicherungszwang für in anderem Mitgliedstaat niedergelassenen Patentanwälte
EuZW 2009, 496 (Heft 14)

- **Tamm, Marina**

Die Bestrebungen der EU-Kommission im Hinblick auf den Ausbau des kollektiven Rechtsschutzes für Verbraucher
EuZW 2009, 439 (Heft 13)

- **Verweyen, Urs**

Grenzen der Störerhaftung in Peer to Peer-Netzwerken
MMR 2009, 590 (Heft 9)

- **Volkman, Christian**

Aktuelle Entwicklungen in der Providerhaftung im Jahr 2008
K&R 2009, 361 (Heft 6)

- **Wallenberg, Gabriela von**

Ist das Telefonmarketing gegenüber Verbrauchern tot?
BB 2009, 1768 (Heft 34)

- **Werner, Rüdiger**

Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers für die Verletzung gewerblicher Schutzrechte
GRUR 2009, 820 (Heft 9)

- **Wolff, Christian**

Anm. zu AG Hannover, Urt. v. 30.12.2008 - 439 C 9025/08 - Inline-Linking als Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb
ITRB 2009, 153 (Heft 7)

- **Wolff, Christian**

Rechtsfragen im Umgang mit Webradio-Angeboten - Medien-, Urheber- und wettbewerbsrechtliche Rechte und Pflichten von Werberadiosendern und -portalbetreibern
ITRB 2009, 177 (Heft 8)

- **Wüstenberg, Dirk**

Strafrechtliche Änderungen betreffend pornografische Schriften mit Kindern und Jugendlichen in Deutschland
UFITA 2009, 497 (Heft 2)

VII. AUSGEWERTETE ZEITSCHRIFTEN

In Klammern werden die jeweils ausgewerteten Zeitschriften aufgezeigt

AfP Archiv für Presserecht (Heft 03/2009)

BB Betriebs-Berater (Heft 24 bis 36/2009)

BGHR BGHReport (Heft 11 bis 16/2009)

Common Market Law Review – *Kluwer Law International* (Heft 04/2009)

Competition Law Review (Volume 5 Issue 2 – July 2009)

Competition Policy Newsletter (Ausgabe 01/2009)

CR Computer und Recht (Heft 06 bis 08/2009)

CRI Computer law review international (Heft 04/2009)

DB Der Betrieb (Heft 23 bis 35/2009)

Europarecht (Beiheft zu Heft 02/2009 und Heft 03/2009)

European Competition Journal (-)

European Business Law Review – *Kluwer Law International* (Heft 04 und 05/2009)

European Law Journal (-)

EuZW Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Heft 12 bis 17/2009)

EWiR Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht – Kurzkommunikate (Heft 11 bis 16/2009)

EWS Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Heft 06 bis 08/2009)

GPR Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (Heft 03 und 04/2009)

GRUR Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Heft 07 bis 09/2009)

GRURInt Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil (Heft 07 und 08-09/2009)

GRUR-RR Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rechtsprechungs-Report (Heft 07 und 08-09/2009)

IIC International Review of Industrial Property and Copyright Law (Heft 04 bis 06/2009)

ITRB Der IT-Rechtsberater (Heft 07 und 08/2009)

JA Juristische Arbeitsblätter (Heft 07 und 08-09/2009)

Jura Juristische Ausbildung (Heft 07 bis 09/2009)

jurisPR-BGHZivilr Juris-Praxisreport BGH Zivilrecht (Ausgabe 13 bis 18/2009)

jurisPR-WettBR Juris-Praxisreport Wettbewerbsrecht (Ausgabe 06 bis 08/2009)

JuS Juristische Schulung (Heft 07 bis 09/2009)

JZ Juristenzeitung (Heft 11 bis 15-16/2009)

K&R Kommunikation und Recht (Heft 06 und 07-08/2009)

The Law Quarterly Review (-)

LMK Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmayer-Möhring (Ausgabe 06 bis 08/2009)

MarkenR Zeitschrift für deutsches, europäisches und internationales Markenrecht (Heft 06 und 07-08/2009)

MDR Monatsschrift für Deutsches Recht (Heft 10 bis 16/2009)

Mitt. Mitteilungen der deutschen Patentanwälte (Heft 06 bis 08-09/2009)

MMR Multimedia und Recht (Heft 06 und 09/2009)

The Modern Law Review (-)

NJOZ Neue Juristische Online Zeitschrift (Heft 24 bis 34/2009)

NJW Neue Juristische Wochenschrift (Heft 25 bis 38/2009)

N&R Netzwirtschaften und Recht (Heft 02/2009 und Beilage zu Heft 03/2009)

ÖBl Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (-)

RdE Recht der Energiewirtschaft (Heft 06 bis 08/2009)

RIW Recht der internationalen Wirtschaft (Heft 06 bis 08/2009)

sic! Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht (Heft 06 bis 09/2009)

UFITA Archiv für Urheber- und Medienrecht (Heft 02/2009)

WM Wertpapiermitteilung (Heft 23 bis 35/2009)

World Competition – *Kluwer Law International* (Heft 03/2009)

WRP Wettbewerb in Recht und Praxis (Heft 07 bis 09/2009)

WuB Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht (Heft 06 bis 08/2009)

WuW Wirtschaft und Wettbewerb (Heft 06 und 07-08/2009)

ZEup Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (-)

ZEus Zeitschrift für Europarechtliche Studien (Heft 02/2009)

ZHR Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (-)

ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Heft 23 bis 35/2009)

ZLR Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht (Heft 03 und 04/2009)

ZNER Zeitschrift für Neues Energierecht (-)

ZUM Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (Heft 06 bis 08-09/2009)

ZWeR Zeitschrift für Wettbewerbsrecht (Heft 02/2009)

E. BEST OF IP

RICHTER AM LANDGERICHT BALD NUR NOCH MIT JODELDIPLOM? – ANMERKUNG ZU *LG MÜNCHEN*, Urt. v. 23.7.2009 – 7 O 22065/08 (KUFSTEINER-LIED)

von Dr. Jan Eichelberger, LL.M.oec.

„Holerö dö dudl dö.“ – „Du dödl di! Dö dudl dö ist zweites Futur bei Sonnenaufgang.“. Die Lektüre der Entscheidung des *LG München*, Urt. v. 23.7.2009 – 7 O 22065/08 weckt unweigerlich Assoziationen zu *Loriots* „Die Jodelschule“¹.

Vor dem Münchener Landgericht ging es um das „Kufsteiner Lied – Die Perle Tirols“. Jahrzehntlang galt als dessen alleiniger Urheber der Tiroler *Karl Ganzer*. 1947 noch in einem Tango-Takt (4/8) und ohne Jodler komponiert, hat *Ganzer* das Lied später dem Zeitgeschmack – 3/4-Takt mit Jodelrefrain – angepasst. Später wurde aus dem ursprünglichen Kuckuck-Jodler noch ein Oktav-Jodler. Das Lied entwickelte sich ab den späten 1960er Jahren zu einem Hit und dürfte bis heute ohne weiteres als eines der beliebtesten und bekanntesten volkstümlichen Musikstücke im deutschsprachigen Raum gelten. Dies weckt Begehrlichkeiten, und so behaupteten in den 1970er Jahren verschiedene Musiker, die mit *Ganzer* aufgetreten waren, einen schöpferischen Beitrag zum „Kufsteiner Lied“ geleistet zu haben. Im Rahmen eines mehrjährigen Rechtsstreits vor dem Landesgericht Innsbruck erklärte der hier Beklagte – der Produzent und Musikverleger *Ganzers* – als Zeuge, *Ganzer* sei alleiniger Autor und Urheber des Kufsteiner-Liedes.

Im Jahre 2001 wurde die bis dahin allein auf *Karl Ganzer* lautende GEMA-Registrierung dahingehend geändert, dass nunmehr seine Ehefrau als Mitautorin des Textes (der zweiten Strophe) eingetragen wurde sowie zugunsten des Beklagten: „Bearbeitung des Jodelparts und Jodelphonetik: Egon L.F.“. Hinsichtlich der Eintragung der Ehefrau mag man spekulieren, ob damit die Verlängerung der Schutzdauer (§ 65 I UrhG) beabsichtigt war, denn sie war ohnehin Alleinerbin des wenig später ver-

¹ Zuletzt: *Loriot* – Vollständige Fernsehedition, 2007.

storbenen *Ganzer*. Dem Beklagten jedoch bescherte die Miturheberschaft erhebliche Einnahmen. Das wiederum wollten die Erben der 2001 verstorbenen Frau *Ganzer* nicht hinnehmen und verlangten vor dem *Landgericht München* von dem Beklagten die Einwilligung in die Wiederherstellung der ursprünglichen, allein auf *Karl Ganzer* lautenden GEMA-Registrierung.

Der Beklagte widersprach und meinte, erst seine Erfahrung als Autor und Produzent der meisten Jodellieder der Welt hätten das Kufsteiner Lied überregional bekannt gemacht. So habe er diesem durch einen „packenderen Jodler“ eine bessere „Mit-Sing-Qualität“ verschafft, die maßgeblich für den Erfolg namentlich auf dem Münchener Oktoberfest sei. Außerdem habe er die Jodelphonetik, d.h. den Jodeltext, geschaffen. Seine Tätigkeit sei schöpferisch, da der von ihm geschaffene „Guggu-Jodler“ einen anderen Eindruck als der „Oktavjodler“ habe und zudem „Diri“ als Jodelsilbe eine andere Klangfarbe und einen anderen Charakter aufweise als das ursprüngliche „Dürü“.

Die Klage war erfolgreich. Das *Landgericht München* sah die durch jahrzehntelange Urheberbenennung *Karl Ganzer*s entstandene Urhebervermutung zu seinen Gunsten (§ 10 I UrhG) nicht widerlegt. Unabhängig von der Rechtsnatur der Vermutung² bedarf es dazu des vollen Gegenbeweises³, den der Beklagte nicht erbringen konnte. Die *Kammer* weist darauf hin, dass diese Vermutung nicht für sich in Anspruch nehmen könne, wer sich mit jemandem streitet, der nachweisbar früher Urheberrechte an dem gleichen Werk für sich in Anspruch nimmt und dies durch entsprechende Urhebervermerke belegen kann. Anderenfalls sei es jedermann möglich, sich in einem Rechtsstreit mit einem Urheber eine bessere prozessuale Position zu verschaffen, indem er neue Werke mit entsprechenden Urhebervermerken versieht. Auch die auf die Ehefrau zurückgehende Änderung der GEMA-Eintragung vermochte die Vermutung nicht zu widerlegen. Allenfalls eine Änderung durch den bisherigen „Urheber“ selbst könne die Vermutung aus § 10 I UrhG erschüttern, nicht aber die

eines Erben. Vor allem aber stehe das bisherige Verhalten des Beklagten in Widerspruch zu seinem nunmehrigen Vortrag. So habe er in der Vergangenheit mehrfach die alleinige Urheberschaft *Ganzer*s bestätigt. Eine Miturheberschaft des Beklagten konnte sich auch nicht aus einer vertraglichen Einräumung durch die Ehefrau *Ganzer*s ergeben, denn die Urheberschaft als solches ist nicht disponibel (Schöpferprinzip). Die *Kammer* äußert zudem erhebliche Zweifel an der Schutzfähigkeit der vom Beklagten behaupteten „Jodelphonetik“. So handele es sich dabei nur um eine lautmalerische Umschreibung des Jodlers, nicht aber um einen Jodeltext. Die konkrete Intonation nehme ohnehin jeder Künstler selbst vor, wie dies die Vielzahl unterschiedlicher Interpretationen des Kufsteiner-Lieds zeige.

„GIB MAL ZEITUNG“ – BUNDESGERICHTSHOF ZU DEN GRENZEN HUMORVOLLER WERBEVERGLEICHE – BGH, URT. V. 1.10.2009 – I ZR 134/07
PM BGH Nr. 201/2009

Die Parteien sind Presseunternehmen. Im Verlag der Klägerin erscheint die BILD-Zeitung, die Beklagte verlegt „die tageszeitung“ (TAZ). Die Beklagte warb im Jahr 2005 mit einem Kino-Werbespot für die TAZ. Im ersten Teil des Werbepots ist vor einem als „Trinkhalle“ bezeichneten Zeitungskiosk ein mit dem Logo der BILD-Zeitung versehener, leerer Zeitungsständer zu sehen. Ein Kunde, der nur mit einem Unterhemd und einer Jogginghose bekleidet ist, fordert den Inhaber des Kiosks auf: „Kalle, gib mal Zeitung“, worauf dieser entgegnet: „Is aus“. Auf Nachfrage des Kunden: „Wie aus?“, schiebt der Kioskinhaber wortlos eine TAZ über den Tresen. Der Kunde reagiert hierauf mit den Worten: „Wat is dat denn? Mach mich nicht fertig, Du“ und wirft die TAZ nach einem Blick in die Zeitung verärgert zurück auf den Ladentisch. Der Kioskinhaber holt nun eine unter dem Tresen versteckte BILD-Zeitung hervor, die er dem Kunden gibt. Daraufhin brechen beide in Gelächter aus. Im zweiten Teil des Werbepots ist vor der „Trinkhalle“ ein nunmehr mit BILD-Zeitungen gefüllter Zeitungsständer zu sehen. Der Kunde verlangt aber: „Kalle, gib mal taz“. Der Kioskinhaber ist so verblüfft, dass er dieser Aufforderung nicht nachkommt. Jetzt bricht der Kunde in Gelächter aus, in

das der Kioskinhaber einstimmt. Am Ende beider Teile des Werbepots ist der Text eingeblendet: „taz ist nicht für jeden. Das ist OK so.“ Die Klägerin sieht in diesem Werbespot eine nach § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG unlautere vergleichende Werbung und nimmt die Beklagte daher auf Unterlassung, Auskunftserteilung und Feststellung ihrer Schadensersatzpflicht in Anspruch. Wer vergleichend wirbt, handelt nach dieser Bestimmung unlauter, wenn der Vergleich die Waren eines Mitbewerbers herabsetzt oder verunglimpft.

Landgericht und Berufungsgericht haben der Klage weitgehend stattgegeben. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Beklagte überschreite mit dem Werbespot, auch wenn dieser durch Witz, Ironie und Sarkasmus geprägt sei, die Grenzen des wettbewerblich Zulässigen. Sie versuche, ihre Zeitung werblich herauszustellen, indem sie ein vernichtendes Bild von der trostlosen Sozialstruktur und den (fehlenden) intellektuellen Fähigkeiten eines typischen BILD-Zeitungslesers zeichne und damit die Leserschaft und die Zeitung der Klägerin ohne sachlichen Grund abqualifiziere.

Auf die Revision der Beklagten hat der Bundesgerichtshof die Entscheidungen der Vorinstanzen aufgehoben und die Klage abgewiesen. Für die Beurteilung der Zulässigkeit eines Werbevergleichs ist – so der Bundesgerichtshof – auf die mutmaßliche Wahrnehmung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers abzustellen, der zunehmend an pointierte Aussagen in der Werbung gewöhnt ist. Eine humorvolle oder ironische Anspielung auf einen Mitbewerber oder dessen Produkte stelle daher erst dann eine unzulässige Herabsetzung dar, wenn sie den Mitbewerber dem Spott oder der Lächerlichkeit preisgebe oder von den Adressaten der Werbung wörtlich und damit ernst genommen und daher als Abwertung verstanden werde. Der Werbespot der Beklagten ist nach Auffassung des Bundesgerichtshofs danach nicht als wettbewerbswidrig anzusehen. Er bringe lediglich zum Ausdruck, dass die TAZ „nicht für jeden“ sei, also nicht den Massengeschmack anspreche. Der durchschnittliche Zuschauer erkenne, dass es sich bei der Darstellung um eine humorvolle Überspitzung handele, mit der

die Aufmerksamkeit der Werbeadressaten geweckt und nicht die BILD-Zeitung oder deren Leserschaft pauschal abgewertet werden solle.

² Dazu *Wandtke/Bullinger*, 3. Aufl., 2009, § 10 Rn. 23.

³ *BGH*, GRUR 1986, 887, 888 – Bora Bora.

F. IMPRESSUM

Impressum:

Herausgeber:

Prof. Dr. Volker M. Jänich (V.i.S.d.P)

Prof. Dr. Paul. T. Schrader, LL.M.oec.

Dr. Jan Eichelberger, LL.M.oec.

Ständige Mitarbeiter:

Carsten Johné

Laura Zentner

Stephan Kunze

Steffen Eisenschmidt

Tina Berger

Umschlaggestaltung:

Sandra Goymann

Adresse:

Friedrich-Schiller-Universität Jena

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Carl-Zeiß-Straße 3

07743 Jena

Abbestellung:

Wenn Sie diesen Newsletter nicht mehr beziehen wollen, gehen Sie bitte zu unserer Internetseite

<http://www.gb-online.eu>

geben Sie dort Ihre E-Mail-Adresse ein und klicken Sie auf

"Abbestellen".

Ihre Daten werden dann automatisch aus unserer Datenbank entfernt.

Hinweis:

Der Grüne Bote

trägt die von der Deutschen Nationalbibliothek zugewiesene

ISSN 1868-114X

Urheberrechtlicher Hinweis:

Der Newsletter ist nur zur persönlichen Information des Empfängers bestimmt. Eine Weitergabe des Inhalts an Dritte ist nicht gestattet. Nachdruck, fotomechanische, elektronische oder sonstige Vervielfältigung, Bearbeitung, Übersetzung, Mikroverfilmung und Einspeicherung, Verarbeitung bzw. Wiedergabe in Datenbanken oder anderen elektronischen Medien und Systemen ist - auch auszugsweise - nur nach schriftlicher Zustimmung erlaubt.

Haftungsausschluss:

Der Inhalt des Newsletters ist nach bestem Wissen und Kenntnisstand erstellt worden. Haftung und Gewähr für die Korrektheit, Aktualität, Vollständigkeit und Qualität der Inhalte sind ausgeschlossen.

Mit Namen gekennzeichnete Beiträge stellen nicht unbedingt die Meinung der gesamten Redaktion dar.

Die Informationen stellen keine rechtliche Beratung dar und begründen kein Beratungsverhältnis.