

Wettbewerbsrecht Aktuell Urteile & Literatur

Nr. 4/2018 April 2018

Inhalt:

Ausgewertete Publikationen 2

A. Urteile 3

I. Allgemeines Wettbewerbsrecht 3

- Arzneimittelrecht; Medizinprodukte – Lutschtabletten „Immun-Pro Infektblocker“ sind Präsentationsarzneimittel und nicht wie auf der Packung angegeben ein Medizinprodukt 3
- Banken/Versicherungen; Allgemeine Geschäftsbedingungen – Informationsschreiben an Verbraucher über unwirksame Klauseln in AGB sind Teil des Beseitigungsanspruchs 3
- Datenschutz; Allgemeine Geschäftsbedingungen – Adressinhaber müssen in Verkauf ihrer Daten einwilligen 4
- Heilmittelwerberecht; Rechtsbruch/ Marktverhalten – Blutzuckermessgeräte als unzulässige kostenlose Zuwendung 4
- Immobilien; Irreführung durch Unterlassung; Pflichtangaben – Liegt ein Energieausweis vor, müssen auch Immobilienmakler in Immobilienanzeigen Pflichtangaben nach § 16a EnEV angeben 4
- Irreführung; Spitzenstellung – Unrichtige Vorstellung des Verkehrs über die Leistungsfähigkeit des Anbieters durch eine Spitzenstellung, die unter Verletzung von Betriebsgeheimnissen erreicht wurde 5
- Lebensmittelrecht; Rechtsbruch/Marktverhalten – Stückzahl von Raffaello muss außen auf der Umverpackung angegeben werden 5
- Mogelpackung; Irreführung – BGH erlaubt große Umverpackung und kleinen Nivea-Cremetiegel 6
- Olympia; Verwechslungsgefahr – Zulässige Lidl-Werbung für Grillprodukte, die auf die olympischen Ringe durch die Anordnung der Burger-Patties auf dem Grill anspielen 7
- Preisangaben; Rechtsbruch/Marktverhalten – Kaffeekapseln müssen mit Grundpreis beworben werden 7
- Prozessrecht/Verfahrensrecht; Beseitigungsanspruch; Rückruf – Unterlassungsschuldner muss Weitervertrieb von an Großhändler ausgelieferten Produkte zur Wundversorgung verhindern 7

- Prozessrecht/Verfahrensrecht; Beweislast – „Wer einmal lügt, dem glaubt man nicht“ ist keine Beweisregel 7
- Prozessrecht/Verfahrensrecht; Klagebefugnis; Kosten – Wettbewerbsverband muss ausreichende Zahl von Mitgliedern auf Nachfrage schon außergerichtlich schlüssig nachweisen, ggf. durch eine anonymisierte aktuelle Mitgliederliste 8
- Prozessrecht/Verfahrensrecht; Zustellung – Keine Heilung von Zustellungsmängeln gemäß § 189 ZPO durch Weiterleiten einer Kopie 8
- Prozessrecht/Verfahrensrecht; Zwangsvollstreckung – Bei einer Verurteilung zur Rechnungslegung, muss nach den vorgelegten Unterlagen nicht nur die Schadensberechnung möglich, sondern sie muss auch nachprüfbar sein 8
- Prozessrecht/Verfahrensrecht; Zwangsvollstreckung; Gewinnabschöpfung – Zum Inhalt der Rechnungslegungspflicht, um die Ansprüche auf Herausgabe des Verletzergewinns nach § 10 UWG zu beziffern (unzulässige Rücklastschriftgebührenklausel eines Mobilfunkanbieters) 9
- Rechtsbruch/Marktverhalten; vorangegangenes wettbewerbswidriges Verhalten – Kein Verbot der Fruchtziehung wenn Produkte selbst nicht unter Verletzung von Betriebsgeheimnissen hergestellt wurden 9
- Unterlassungs-Verpflichtungserklärung; ärztliches Berufsrecht – Vertragsstrafe i. H. v. 5.500 Euro bei wiederholtem Verstoß angemessen 10
- Widerrufsbelehrung; Spürbarkeit – Angaben zum Widerrufsempfänger müssen klar und verständlich sein 10
- Weitere Urteile 11

II. Internationales Wettbewerbsrecht 11

- Ärztliches Berufsrecht; Werbebeschränkungen; Österreich – Bewerbung als „Master Provider“ in Bezug auf zahnärztliche Behandlungsmethoden unzulässig 11
- Datenschutz; Löschfristen – Prüfungsarbeiten stellen personenbezogene Daten dar 11
- Lebensmittelrecht; Irreführung; Österreich – Auch Verbraucherleitbild agiert bei geringfügigen Waren des täglichen Bedarfs „flüchtig“ 12

• Meinungsfreiheit – Abbildung von religiösen Symbolen (hier: Jesus und Maria) in Werbeanzeigen zulässig	12
III. Internetrecht	12
• Allgemeines Persönlichkeitsrecht; Störerhaftung – Subsidiaritätsgrundsatz gilt für Haftung des Betreibers einer Internet-suchmaschine.....	12
• Filesharing; Aufsichtspflicht – Sekundäre Darlegungslast umfasst auch Untersuchung nach dem urheberrechtlich geschützten Werk selbst.....	13
• Irreführung durch Unterlassen; wesentliche Informationen – Hinweis auf Provisionsvereinbarungen nur in AGB nicht ausreichend ..	13
• Markenrecht; herkunftshinweisende Funktion – Unzulässige AdWords-Anzeige mit einer Marke, die zu einer Ergebnisliste führt, auf der auch andere Marken angeboten werden	14
• Reiserecht; Sterneklassifizierung – Ferienhofbetreiber haftet für irreführende 3-Sterne-Werbung auf Internet-Buchungsportal.....	14
• Störerhaftung; Allgemeines Persönlichkeitsrecht – Prüfpflichten des Hostproviders bei 1-Stern-Bewertung	14
• Störerhaftung; Schmähkritik – Keine Haftung des Internetportalbetreibers ohne willentliche Verletzung des Persönlichkeitsrechts.....	15
• Vertragsstrafe; Sterneklassifizierung – Unterlassungsverpflichtung umfasst auch die Überprüfung von Verstößen durch Dritte.....	15
• Weitere Urteile	16
B. Literatur.....	16
I. Allgemeines Wettbewerbsrecht	16
• Prozessrecht/Verfahrensrecht; Beseitigungsanspruch – Petersenn, Morten; Graber, Nils: Rückrufpflicht des Unterlassungsschuldners: Neue Rahmenbedingungen nach BGH-Urteil.....	16
• Rechtsbruch/Marktverhalten; Arzneimittelwerbung – Laoutoumai, Sebastian: Gewinnspiele im Heilmittelwerberecht	16

• UWG; Rechtsentwicklung – Sosnitza, Olaf: Lauterkeitsrecht gestern, heute und morgen.....	17
• Weitere Publikationen.....	17
II. Internationales Wettbewerbsrecht	17
• Kartellrecht; Plattformverbot – Lubberger, Andreas: Wo steht der Selektivvertrieb?	17
• Kartellrecht; Selektives Vertriebssystem – Lettl, Tobias: Art. 101 Abs. 1 AEUV (sowie § 1 GWB) und Verkaufsverbote auf (digitalen) Plattformen	18
• Kartellrecht; Selektives Vertriebssystem – Schröder, Peter J.: Pauschale Plattformverbote für Luxusprodukte als Einfallstor neuer Wettbewerbsbeschränkungen	18
• Kartellrecht; Selektives Vertriebssystem – Kumkar, Lea Katharina: Zur Zulässigkeit pauschaler Plattformverbote im Internetvertrieb von Luxuswaren	19
• Weitere Publikationen.....	19
III. Internetrecht	19
• AdBlocker; AGB; Vertragsschluss – Kreutz, Oliver: Der Webseitennutzungsvertrag - Fiktion oder unbekanntes Rechtsgeschäft? ...	19
• Datenschutz; personenbezogene Daten – Lorenz, Bernd: Der Versand von E-Mails an falsche Empfänger	20
• Datenschutz; personenbezogene Daten; Werbung; Rechtsentwicklung – Golland, Alexander: Das Kopplungsverbot in der Datenschutz-Grundverordnung – Anwendungsbereich, ökonomische Auswirkungen auf Web 2.0-Dienste und Lösungsvorschlag ..	20
• Social Media; Influencer Marketing – Borsch, Uwe: Der angemäßte Influencer – Markenpiraterie 2.0 - Aspekte und Möglichkeiten der Abwehr aufgezwungener Werbung	21
• Social Media; Kennzeichnungspflicht – Hoene, Verena: Influencer-Marketing	21
• Weitere Publikationen.....	21

Impressum 22

AUSGEWERTETE PUBLIKATIONEN

BB 10/2018 (1/0)
 BB 11/2018 (0/1)
 BB 12/2018 (1/0)
 BB 13-14/2018 (1/1)
 Compliance-Berater 3/2018 (1/0)
 CR 3/2018 (4/5)
 Cri 1/2018 (2/2)
 EU-Rechtsprechung 3/2018 (0/0)
 (online: <http://curia.europa.eu>)
 EuZW 5/2018 (1/2)
 EuZW 6/2018 (1/1)
 GewA 3/2018 (2/1)
 GRUR 3/2018 (8/2)
 GRUR Int. 3/2018 (1/1)
 GRUR-Prax 5/2018 (8/0)
 GRUR-Prax 6/2018 (10/0)
 GRUR-RR 3/2018 (11/0)
 IPRB 3/2018 (3/1)
 ITRB 3/2018 (1/1)
 InTeR 1/2018 (0/1)
 K&R 3/2018 (9/2)

MMR 3/2018 (11/3)
 NJOZ 10/2018 (1/0)
 NJOZ 11/2018 (0/0)
 NJOZ 12/2018 (0/0)
 NJOZ 13/2018 (0/0)
 NJW 10/2018 (1/0)
 NJW 11/2018 (1/1)
 NJW 12/2018 (0/1)
 NJW 13/2018 (0/0)
 NJW 14/2018 (0/0)
 NJW-RR 5/2018 (1/0)
 NJW-RR 6/2018 (1/0)
 NZKart 3/2018 (1/0)
 ÖBI 2/2018 (2/1)
 PharmR 3/2018 (5/1)
 VuR 3/2018 (4/0)
 Wistra 3/2018 (0/0)
 WRP 3/2018 (18/5)
 WuW 3/2018 (3/3)
 ZD 3/2018 (2/1)
 ZRP 2/2018 (0/0)
 ZUM 3/2018 (2/0)
 ZUM-RD 3/2018 (2/3)

A. URTEILE

I. ALLGEMEINES WETTBEWERBSRECHT

Arzneimittelrecht; Medizinprodukte – Lutschtabletten „Immun-Pro Infektblocker“ sind Präsentationsarzneimittel und nicht wie auf der Packung angegeben ein Medizinprodukt

OVG Münster, Beschluss v. 17.01.2018, Az. 13 A 1365/15, PharmR 2018, 150 – § 2 Abs. 1 Nr. 1 AMG; § 3 Abs. 1 MPG; Art. 1 Nr. 2 Humanarzneimittel-RL (2001/83/EG)

Amtliche Leitsätze:

1. Gemäß § 2 Abs. 1 AMG sind Arzneimittel Stoffe oder Zubereitungen aus Stoffen, die entweder zur Anwendung im oder am menschlichen Körper bestimmt sind und als Mittel mit Eigenschaften zur Heilung oder Linderung oder zur Verhütung menschlicher Krankheiten oder krankhafter Beschwerden bestimmt sind (sog. „Präsentationsarzneimittel“), oder im oder am menschlichen Körper angewendet oder verabreicht werden können, um die physiologischen Funktionen durch eine pharmakologische, immunologische oder metabolische Wirkung wiederherzustellen, zu korrigieren oder zu beeinflussen (sog. „Funktionsarzneimittel“) oder eine medizinische Diagnose zu erstellen („Diagnostika“).
2. Diese Definitionen beruhen auf der Umsetzung des europarechtlichen Arzneimittelbegriffs in Art. 1 Nr. 2 Humanarzneimittel-RL (2001/83/EG). Sie sind daher gemeinschaftsrechtlich vorgeprägt und unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH richtlinienkonform auszulegen.
3. Ein Produkt erfüllt die Voraussetzungen eines Präsentationsarzneimittels, wenn es entweder ausdrücklich als ein solches Mittel bezeichnet wird oder aber sonst beim Verbraucher, wenn auch nur schlüssig, aber mit Gewissheit der Eindruck entsteht, dass es in Anbetracht seiner Aufmachung die betreffenden Eigenschaften haben müsse.

(Zur Abgrenzung Medizinprodukt/Funktions- und Präsentationsarzneimittel, vgl. VG Köln, Urteil v. 10.10.2017, Az. 7 K 5248/14; Wettbewerbsrecht Aktuell 2/2018.) (cb)

* * *

Banken/Versicherungen; Allgemeine Geschäftsbedingungen – Informationsschreiben an Verbraucher über unwirksame Klauseln in AGB sind Teil des Beseitigungsanspruchs

BGH, Urteil v. 14.12.2017, Az. I ZR 184/15 - Klauselersetzung, GRUR-Prax 2018, 132 (red. Bearb. Weichhaus) – §§ 1, 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 5 UKlaG; §§ 3 Abs. 1, 3a, 8 Abs. 1 S. 1, § 12 Abs. 1 S. 2 UWG

Amtliche Leitsätze:

1. Die Bestimmung des § 1 UKlaG gewährt den gemäß § 3 Abs. 1 UKlaG anspruchsberechtigten Stellen gegen den Verwender von gemäß §§ 307 bis 309 BGB unwirksamen Allgemeinen Ge-

schäftsbedingungen keinen Beseitigungsanspruch. Da die Vorschriften über die Kontrolle unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen gemäß § 1 UKlaG und des Lauterkeitsrechts nebeneinander anwendbar sind, kann sich ein Beseitigungsanspruch für eine Verbraucherzentrale als qualifizierte Einrichtung i. S. v. § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG jedoch aus § 3a UWG i. V. m. § 8 Abs. 1 S. 1 UWG ergeben.

2. Da der Beseitigungsanspruch die Abwehr einer bereits eingetretenen, aber fortwirkenden Beeinträchtigung zum Gegenstand hat, führt der Wegfall des Störungszustands zum Erlöschen des Anspruchs. Fällt der Störungszustand während des Prozesses in den Tatsacheninstanzen weg, weil beispielsweise der Beklagte von sich aus hinreichende Beseitigungshandlungen vornimmt, wird der auf Beseitigung gerichtete Antrag unbegründet, auch wenn der Kläger die Verfahrensdauer nicht zu vertreten hat.
3. Qualifizierten Einrichtungen gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UKlaG steht gemäß § 5 UKlaG i. V. m. § 12 Abs. 1 S. 2 UWG ein Anspruch auf Ersatz der für eine Abmahnung erforderlichen Aufwendungen zu. Erforderlich sind die Abmahnkosten, die tatsächlich entstanden sind und nach Lage des Falls aus der Perspektive des Abmahnenden objektiv notwendig waren. Kosten für die Einschaltung eines Anwalts sind bei einer qualifizierten Einrichtung nur ausnahmsweise bei besonderer rechtlicher oder tatsächlicher Schwierigkeit, auf Grund derer der Verband mit seiner Ausstattung und Erfahrung nicht in der Lage war, das Geschehen korrekt zu bewerten, erstattungsfähig.

Die Verbraucherzentrale Hamburg klagte gegen ein Versicherungsunternehmen, das kapitalbildende Lebens- und Rentenversicherungen anbietet, wegen unzulässiger Allgemeiner Versicherungsbedingungen (AGB). In dem Verfahren ging es nicht nur um die Nichteinbeziehung und Nutzung der Klauseln, sondern auch darum, ob die Klägerin einen Anspruch auf Folgenbeseitigung hat, wie z. B. die Versendung einer Richtigstellung über die Unzulässigkeit der AGB. In soweit hatte die Klägerin vor dem Berufungsgericht keinen Erfolg (OLG Stuttgart, Urteil v. 07.08.2015, Az. 2 U 107/14). Der BGH teilte die Meinung des OLG Stuttgart nicht und verwies die Sache an das OLG zurück.

Zunächst stellt der BGH klar, dass es ständiger Rechtsprechung entspreche, dass die Vorschrift des § 1 UKlaG nur einen Anspruch auf Unterlassung, nicht aber auch auf Folgenbeseitigung begründe. Eine in der Literatur geforderte erweiternde Auslegung des § 1 UKlaG komme nicht in Betracht. Auf der Grundlage von § 1 UKlaG könne vom Verwender einer unwirksamen Klausel nicht verlangt werden, dass er bereits bestehende Verträge rückabwickle oder den Vertragspartner von sich aus auf die Unangemessenheit der Klausel aufmerksam mache. Nach seiner Unterlassungsverpflichtung sei er nur verpflichtet, sich bei der Durchsetzung seiner Rechte nicht auf die unwirksame Klausel zu berufen. Weitergehende Ansprüche eröffne § 1 UKlaG nicht. Allerdings könne ein Verstoß gegen § 307 BGB durch Verwendung von intransparenten AGB die Voraussetzungen einer unlauteren geschäftlichen Handlung gemäß § 3 Abs. 1 UWG unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs gemäß § 3a UWG erfüllen. Auf eine gemäß § 3 Abs. 1 UWG unzulässige Handlung könne gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 UWG ein Beseitigungsanspruch gestützt werden. Dieser stehe

nach § 8 Abs. 3 UWG auch der klagenden Verbraucherzentrale als qualifizierter Einrichtung i. S. v. § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG zu. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts werde ein Beseitigungsanspruch gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 UWG nicht unter dem Gesichtspunkt der Spezialität von der Bestimmung des § 1 UKlaG und dessen eingeschränkter Rechtsfolgenregelung verdrängt. Das Berufungsgericht muss nun u. a. die Voraussetzungen eines Beseitigungsanspruchs prüfen (vgl. Infobrief 11-12/2018).

(Eine AGB-Klausel einer Bank mit pauschalem Mindestentgelt für geduldete Kontoüberziehung ist unzulässig vgl. BGH, Urteil v. 25.10.2016, Az. XI ZR 9/15, Wettbewerbsrecht Aktuell 2/2017 (cb))

* * *

Datenschutz; Allgemeine Geschäftsbedingungen – Adressinhaber müssen in Verkauf ihrer Daten einwilligen

OLG Frankfurt a. M., Urteil v. 24.01.2018, Az. 13 U 165/16, K&R 2018, 190 = BB 2018, 720 (m. Anm. Schemmel) – §§ 134, 817 BGB; § 28 BDSG; § 7 UWG

Amtliche Leitsätze:

1. Zur Nichtigkeit des Vertrages, mit dem der Insolvenzverwalter einer Adresshandelsfirma Adressdaten an einen Dritten verkauft, wegen Verstoßes gegen § 28 Abs. 3 BDSG und § 7 Abs. 2 Nr. 3 i. V. m. Abs. 1 UWG.
2. Zur Anwendbarkeit des sog. Listenprivilegs nach § 28 Abs. 3 S. 2 BDSG
3. Zur Frage der Erteilung einer wettbewerbsrechtlichen Einwilligung der Adressinhaber i. R. v. AGB
4. Zum Ausschluss des Rückforderungsanspruchs des Käufers eines nichtigen Adresshandelsvertrages hinsichtlich des Kaufpreises wegen § 817 S. 2 BGB

(Zur unzulässigen Vertragsstrafenklausel im Adressdatenhandel, vgl. OLG Celle, Urteil v. 28.11.2012, Az. 9 U 77/12, Wettbewerbsrecht Aktuell 8/2013; mit den Anforderungen an eine Einwilligungserklärung in Werbeanrufe beschäftigte sich das LG Berlin, vgl. Urteil v. 14.06.2016, Az. 16 O 446/15, Wettbewerbsrecht Aktuell 11/2016.) (lk)

* * *

Heilmittelwerberecht; Rechtsbruch/ Marktverhalten – Blutzuckermessgeräte als unzulässige kostenlose Zuwendung

OLG Dresden, Beschluss v. 08.01.2018, Az. 14 U 1047/17, PharmR 2018, 142 – § 7 Abs. 1 S. 1 HWG; § 3a UWG

Redaktionelle Leitsätze:

1. Die kostenlose Abgabe von Blutzuckermessgeräten oder die Werbung hierfür ist gemäß § 7 Abs. 1 S. 1 HWG unzulässig.
2. Für § 7 Abs. 1 S. 1 HWG ist es ausreichend, dass der Empfänger die Zuwendung als unentgeltlich und damit als Geschenk ansieht.
3. Die angesprochenen Empfänger nehmen nicht an, dass sie die Blutzuckermessgeräte von einem spezialisierten Händler stets gratis erhalten.
4. Würden Blutzuckermessgeräte immer kostenlos zur Verfügung gestellt, ergäbe es keinen Sinn,

den Gratischarakter in der Werbung herauszustellen. Dann wäre die Werbung irreführend.

(So sieht es auch die erste Instanz vgl. LG Dresden, Urteil v. 29.06.2017, Az. 44 HK O 200/16, Wettbewerbsrecht Aktuell 11/2017 und das LG Bochum, Urteil v. 31.08.2017, Az. I-14 O 100/17, Wettbewerbsrecht Aktuell 12/2017.) (cb)

* * *

Immobilien; Irreführung durch Unterlassung; Pflichtangaben – Liegt ein Energieausweis vor, müssen auch Immobilienmakler in Immobilienanzeigen Pflichtangaben nach § 16a EnEV angeben

BGH, Urteil v. 05.10.2017, Az. I ZR 232/16, GRUR-Prax 2018, 157 (red. Bearb. Modi) – §§ 3a UWG, § 5a Abs. 2, 4 UWG; §§ 16 Abs. 2 EnEV, 16a EnEV; Art. 12 Gebäudeenergieeffizienz-RL (2010/31/EU)

Amtlicher Leitsatz:

Ein Immobilienmakler ist gemäß § 5a Abs. 2 und Abs. 4 UWG verpflichtet, in einer Immobilienanzeige den Energieverbrauch des Gebäudes anzugeben, wenn ein Energieausweis vorliegt. Dazu muss die Anzeige die in § 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 5 EnEV angeführten Angaben enthalten.

Die Klägerin wendet sich gegen eine Zeitungsanzeige eines Immobilienmaklers. Der beklagte Immobilienmakler bot in einer Tageszeitung Wohnimmobilien zur Miete an. In der Anzeige fehlten Angaben zur Art des Energieausweises und zum Baujahr des Wohngebäudes. Die Klägerin sah darin einen Verstoß gegen § 16a der Energieeinsparverordnung (EnEV). Sie hat von den Beklagten Unterlassung verlangt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen (LG Bielefeld, Urteil v. 06.10.2015, Az. 12 O 60/15). Das Berufungsgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt (OLG Hamm Urteil v. 04.08.2016, Az. I-4 U 137/15). Der BGH hat die Entscheidung aufgehoben und die Sache zurückverwiesen, weil eine Beweisaufnahme dazu erforderlich sei, ob bei Schaltung der Anzeige ein Energieausweis vorlag.

Der Klägerin stehe kein Unterlassungsanspruch nach § 3a UWG wegen eines Verstoßes gegen § 16a EnEV zu. Die Vorschrift verpflichte Verkäufer und Vermieter vor dem Verkauf und der Vermietung einer Immobilie in einer Immobilienanzeige in kommerziellen Medien zu Angaben über den Energieverbrauch, wenn zu diesem Zeitpunkt ein Energieausweis vorliegt. Der Immobilienmakler sei nicht Adressat dieser Informationspflicht. Die Klägerin könne die Beklagten jedoch unter dem Gesichtspunkt einer Irreführung der Verbraucher durch Vorenthalten wesentlicher Informationen nach § 5a Abs. 2 UWG in Anspruch nehmen. Gemäß § 5a Abs. 4 UWG gelten als wesentlich Informationen, die dem Verbraucher auf Grund unionsrechtlicher Verordnungen oder nach Rechtsvorschriften zur Umsetzung unionsrechtlicher Richtlinien für kommerzielle Kommunikation einschließlich Werbung und Marketing nicht vorenthalten werden dürfen. Aus Art. 12 der Gebäudeenergieeffizienz-RL (2010/31/EU) folge die Verpflichtung des Immobilienmaklers, notwendige Angaben zum Energieverbrauch in der Anzeige aufzunehmen. Zu den wesentlichen Informationen, die angeführt werden müssen, rechnen die Art des Energieausweises, der wesentliche Energieträger, das Baujahr des Wohngebäudes, die Energieeffizienzklasse und der Wert des Endenergiebedarfs oder Endenergieverbrauchs. Eine Information werde dem Verbraucher i. S. v. § 5a Abs. 2 S. 1 UWG aber nur vor-

enthalten, wenn sie zum Geschäfts- und Verantwortungsbereich des Unternehmers gehöre oder dieser sie sich mit zumutbarem Aufwand beschaffen könne und der Verbraucher sie nicht oder nicht so erhalte, dass er sie bei seiner geschäftlichen Entscheidung berücksichtigen könne. Die hier in Rede stehenden Informationen könne sich der Makler mit zumutbarem Aufwand beschaffen, wenn bei Schaltung der Anzeige ein Energieausweis vorgelegen hätte. Sei dies der Fall, ohne dass die Pflichtangaben i. S. v. § 16a Abs. 1 EnEV in der Immobilienanzeige angeführt seien, erhalte der Verbraucher die Informationen nicht so, dass er sie bei seiner geschäftlichen Entscheidung berücksichtigen könne. Das Berufungsgericht müsse nun überprüfen, ob der Energieausweis vorgelegen habe.

(Zum Thema Immobilienmakler müssen Daten aus dem Energieausweis in ihre Werbung aufnehmen vgl. OLG Hamm, Urteil v. 30.08.2016, Az. 4 U 8/16, Wettbewerbsrecht Aktuell 1/2017; (cb)

* * *

Irreführung; Spitzenstellung – Unrichtige Vorstellung des Verkehrs über die Leistungsfähigkeit des Anbieters durch eine Spitzenstellung, die unter Verletzung von Betriebsgeheimnissen erreicht wurde

BGH, Urteil v. 16.11.2017, Az. I ZR 160/16 - Knochenzement II, GRUR-Prax 2018, 156 (red. Bearb. Weiß) – §§ 3 Abs. 1, 3a, 17 Abs. 2, 5 Abs. 1, 5a Abs. 1 UWG

Amtliche Leitsätze:

1. Mit der Behauptung einer Spitzenstellung verbindet der Verkehr regelmäßig die Erwartung, dass der Anbieter in der Lage ist, nach den maßgeblichen Kriterien von Qualität, Service und Preis für den Käufer besonders attraktive Produkte anzubieten. Dass das Unternehmen eine in der Werbung herausgestellte Spitzenstellung nicht (allein) durch eigene Leistung bei der Entwicklung oder dem Vertrieb eines besonders wettbewerbsfähigen Produkts, sondern unter Verletzung von Betriebsgeheimnissen eines Wettbewerbers erreicht hat, stellt der Verkehr erfahrungsgemäß nicht in Rechnung.
2. Bewirbt der Anbieter ein neues Produkt unter Hinweis auf die in der Vergangenheit mit einem anderen Produkt erworbene Marktführerschaft, ist das Verschweigen dieses Umstands deshalb im Regelfall geeignet, eine unrichtige Vorstellung über die Leistungsfähigkeit des Anbieters hervorzurufen und damit die Entschließung des Publikums über den Erwerb des beworbenen Nachfolgeprodukts i. S. v. § 5a Abs. 1 UWG in unlauterer Weise zu beeinflussen.

Die Klägerin stellt Knochenzemente her und belieferte zunächst die Beklagte zum Vertrieb mit diesen. Die Klägerin stellte die Belieferung dann ein und veräußerte ihre Knochenzemente selbst. Die Beklagte brachte daraufhin eigene Knochenzemente heraus und vertrieb diese erfolgreich. Sie musste ihren Vertrieb dann einstellen, weil die Klägerin u. a. die Beklagte im Hinblick auf diese Knochenzemente erfolgreich wegen der Verletzung von Betriebsgeheimnissen gerichtlich in Anspruch genommen hatte. Bis es zur Einstellung des Vertriebs kam, war die Beklagte mit ihrem Produkt, das gegen Betriebsgeheimnisse verstoßen hatte, Marktführerin im Bereich von Knochenzementen. Die Beklagte verkaufte sodann, nach einer

kurzen Zeit nachdem ihr der Vertrieb untersagt worden war, Knochenzemente von einer anderen Firma. In ihrer Werbung hierzu heißt es u. a. „Zurück an die Spitze B... vertreibt ab sofort H...-Knochenzemente“ und „Bis August war B... Marktführer im Bereich Knochenzemente ...“. Die Klägerin wendet sich gegen diese Werbeaussagen. Die Beklagte sei zwar Marktführer in dem Segment gewesen, habe die beworbene Marktführerschaft aber deshalb innegehabt, weil sie rechtswidrig anvertraute Betriebsgeheimnisse unbefugt verwendet habe. Die Marktanteile der Beklagten seien ausschließlich auf die rechtswidrige Verwertung der Geschäftsgeheimnisse der Klägerin zurückzuführen. Die beanstandete Werbung mit der rechtswidrig erlangten Marktführereigenschaft stelle zudem eine nach der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG unzulässige Fruchtzuehung aus vorangegangenen wettbewerbswidrigem Tun dar. Die Klägerin hatte weder vor dem Landgericht Frankfurt a. M. (Urteil v. 25.08.2015, Az. 3-6 O 13/15) noch dem Oberlandesgericht Frankfurt a. M. (Urteil v. 23.06.2016, Az. 6 U 181/15) Erfolg, mit ihrer Revision hat sie mit ihren Klageanträgen Erfolg.

Die Unterlassungsanträge seien zwar nicht wegen eines Verstoßes gegen §§ 3, 4 Nr. 11 UWG a. F. sowie §§ 3, 3a UWG n. F. jeweils i. V. m. § 17 UWG oder nach der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG gerechtfertigt. Die von der Klägerin geltend gemachten Unterlassungsanträge seien aber unter dem Gesichtspunkt der Irreführung erfolgreich. Gemäß § 5a Abs. 1 UWG könne auch das Verschweigen einer Tatsache irreführend sein. Die beanstandeten Behauptungen einer Spitzenstellung hätten nicht allein Bedeutung für das konkret beworbene Produkt, sondern träfen nach der Lebenserfahrung auch eine Aussage zu der Leistungsfähigkeit des werbenden Unternehmens selbst. Vor diesem Hintergrund werde der angesprochene Verkehr den angegriffenen Angaben nach ihrem Wortsinn die Aussage entnehmen, die Beklagte sei in der Vergangenheit derart leistungsfähig gewesen, dass sie die Marktführerschaft und die Spitzenstellung auf dem Markt der Knochenzemente habe erlangen können. Aus den Angaben ergebe sich für den Verkehr weiter, dass die Beklagte aufgrund ihrer fortbestehenden Leistungsfähigkeit in der Lage sei, auch mit ihrem neuen Produkt eine entsprechende Spitzenstellung zu erreichen. Die mit der Behauptung einer Spitzenstellung einhergehende Aussage zur besonderen Leistungsfähigkeit des Unternehmens sei für den potentiellen Käufer von besonderer Bedeutung für seine geschäftliche Entscheidung.

(Zur unzulässigen Spitzenstellungsbehauptung eines Meinungsforschungsinstituts als „eines der wichtigsten“ vgl. OLG Köln, Urteil v. 24.06.2016, Az. 6 U 190/15; Wettbewerbsrecht Aktuell 12/2016.) (cb)

* * *

Lebensmittelrecht; Rechtsbruch/Marktverhalten – Stückzahl von Raffaello muss außen auf der Umverpackung angegeben werden

LG Frankfurt a.M., Urteil v. 11.10.2017, Az. 2-06 O 245/17, GRUR-Prax 2018, 135 (red. Bearb. Schulteis) – § 3a, 8 Abs. 3 Nr. 3, 12 Abs. 1 S. 2 UWG; Art. 23, Anhang IV Nr. 4, Art. 42 LMIV

Redaktioneller Leitsatz:

Der Hersteller von Pralinenkugeln muss auf der Umverpackung die Anzahl der einzeln verpackten Pralinenkugeln in der Packung angeben.

Die Beklagte vertreibt mit Kokosraspeln umhüllte Pralinenkugeln (Raffaello). Die Pralinen sind einzeln verpackt und befinden sich in einer Umverpackung. Durch ein Sichtfenster der Umverpackung sind die einzelnen Pralinen zu sehen, die genaue Stückzahl ist allerdings nicht zu erkennen. Auf der Unterseite der Verpackung ist die Nettofüllmenge von 230 g angegeben, nicht aber die in der Verpackung enthaltene Stückzahl. Die Klägerin ist der Auffassung, dass die Beklagte die genaue Stückzahl angeben müsse und ihr wegen der Nichtangabe ein Unterlassungsanspruch nach §§ 8 Abs. 3 Nr. 3, 3a UWG i. V. m. Art. 23 sowie Anhang IX Nr. 4 der Lebensmittelinformationsverordnung (LMIV) zustehe. Nach Ansicht der Klägerin handele es sich bei der Umhüllung der Pralinen um eine Einzelverpackung i. S. v. Anhang IX Nr. 4 der LMIV, sodass die Beklagte nicht nur die Füllmenge, sondern auch die Anzahl hätte angeben müsse. Die Beklagte ist der Ansicht, dass die Umhüllungen der Raffaellos bloße Trennhilfen seien, vergleichbar mit dem Einwickelpapier von Bonbons, und dann die Stückzahl nicht anzugeben sei. Die Klägerin hatte mit ihrer Klage Erfolg.

Zur Abgrenzung von „Verpackung“ und „Trennhilfe“ könne nicht darauf abgestellt werden, ob die Einzelprodukte als Verkaufseinheiten anzusehen seien, d. h. auch sonst einzeln verkauft würden. Diese Unterscheidung habe der Verordnungsgeber bereits in Nr. 3 und Nr. 4 des Anhangs IX der LMIV selber vorgenommen und beide Varianten insoweit gleichgestellt. Nach Ansicht der Kammer könne dann nicht von einer reinen Trennhilfe gesprochen werden, wenn die Verpackung in zerstörerischer Weise geöffnet werden müsse. Denn aus dem Gesichtspunkt der Lebensmittelsicherheit habe eine „Verpackung“ jedenfalls auch die Funktion sicherzustellen, dass die Integrität des verpackten Lebensmittels nicht zerstört werde. Sie habe eine Schutzfunktion, die dem Benutzer signalisiere, dass das Lebensmittel nicht schon von Dritten geöffnet worden sei. Die Raffaellos seien eingeschweißt und könnten nur entnommen werden, wenn die Umhüllung aufgerissen oder aufgeschnitten, also zerstört werde. Es handle sich daher hier um Einzelverpackungen und die Stückzahl müsse daher angegeben werden (vgl. Infobrief 45-46/2017).

(Zu Mogelpackungen vgl. BGH, Urteil v. 11.10.2017, Az. I ZR 78/16 - Tiegelgröße (Nivea Creme), Wettbewerbsrecht Aktuell 4/2018; anders die Berufungsinstanz OLG Hamburg, Urteil v. 25.02.2016, Az. 3 U 20/15 - Nivea Creme, Wettbewerbsrecht Aktuell 5/2016; unzulässig eine zu 50 % gefüllte Frischkäsepackung vgl. OLG Karlsruhe, Urteil v. 20.03.2015, Az. 4 U 196/14 - Frischkäse, Wettbewerbsrecht Aktuell 7/2015.) (cb)

* * *

Mogelpackung; Irreführung – BGH erlaubt große Umverpackung und kleinen Nivea-Cremetiegel

BGH, Urteil v. 11.10.2017, Az. I ZR 78/16 - Tiegelgröße, GRUR-Prax 2018, 137 (red. Bearb. Ritlewski) – §§ 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG; § 7 Abs. 2 EichG; § 43 Abs. 2 MesseEG; § 308 Abs. 1 ZPO

Amtliche Leitsätze:

1. Ein Gericht entscheidet unter Verstoß gegen die im Zivilprozess geltende Dispositionsmaxime, wenn es seinem Urteilsausspruch über einen auf Irreführung gestützten Unterlassungsantrag einen Irreführungsaspekt zugrunde legt, den der Kläger nicht schlüssig vorgetragen hat (Fortfüh-

rung von BGH, Beschluss v. 15.12.2016, Az. I ZR 241/15 - Entertain, Wettbewerbsrecht Aktuell 3/2017).

2. Die Annahme einer Täuschung über die Füllmenge des Produkts durch die Gestaltung der Größe der Umverpackung („Mogelpackung“) hängt davon ab, ob der Verkehr nach den Umständen des Einzelfalls im Hinblick auf das konkret in Rede stehende Produkt die Vorstellung hat, dass die Größe der Verpackung in einem angemessenen Verhältnis zur Menge des darin enthaltenen Produkts steht.
3. Für die Fragen, welchen Grad seiner Aufmerksamkeit der Verbraucher einem Produkt entgegenbringt und ob er nicht nur die Schauseite der Aufmachung, sondern ebenfalls die an anderer Stelle angebrachten näheren Angaben wahrnehmen wird, ist von Bedeutung, ob er seine Kaufentscheidung regelmäßig auch von der Zusammensetzung abhängig machen wird. Davon ist für eine Creme für die Gesichtspflege regelmäßig auszugehen.

Die Beklagte vertreibt Kosmetikprodukte unter der Marke „Nivea“ in Faltschachteln, die eine Höhe von ca. 7 cm aufweisen, während der darin enthaltene Tiegel, der auf einer Art „Papp-Podest“ aufsitzt, mit Deckel nur eine Größe von 4 cm hat. Die Füllmenge der Creme ist auf der Unterseite angegeben. Auf einer der Seiten befindet sich die Abbildung des Tiegels mit der Unterschrift „Die Produktabbildung entspricht der Originalgröße.“ Die Klägerin hatte das Produkt als „Mogelpackung“ beanstandet. Vor dem LG Hamburg hatte sie keinen Erfolg (Urteil v. 27.01.2015, Az. 312 O 51/14). Das OLG Hamburg untersagte die Produktaufmachung als irreführend (Urteil v. 25.02.2016, Az. 3 U 20/15, Wettbewerbsrecht Aktuell 5/2016). Auf die Revision der Beklagten hat der BGH das Urteil aufgehoben.

Der Grad der Aufmerksamkeit des Verbrauchers sei von der jeweiligen Situation und vor allem von der Bedeutung abhängig, die die beworbene Ware für ihn habe. Bei geringwertigen Gegenständen des täglichen Bedarfs sei die Aufmerksamkeit regelmäßig eher gering, sodass er die Werbung eher flüchtig zur Kenntnis nehme. Anders sei es bei Waren für die er einen erheblichen Preis zu zahlen habe. Maßgeblich für die Aufmerksamkeit seien auch Art und Bedeutung der Ware. Gehe es um Produkte wie Lebensmittel, bei denen der Verbraucher seine Kaufentscheidung regelmäßig auch von ihrer Zusammensetzung abhängig mache, sei davon auszugehen, dass er nicht nur die Schauseite einer Packung, sondern auch die an anderer Stelle angebrachten Verzeichnisse über die Inhaltsstoffe wahrnehmen werde. Entsprechendes gelte für das hier vorliegende Produkt einer Gesichtsercreme, die bestimmungsgemäß an prominenter Stelle aufgetragen werde. Der BGH ist der Auffassung, dass jedenfalls der Erstkäufer des Produktes dieses aus dem Regal nimmt und damit auch die Abbildung des Tiegels wahrnehme. Es sei außerdem fernliegend, dass die Größe des Tiegels als solche, unabhängig von der Füllmenge, einen eigenständigen Wert für den Verbraucher darstelle (vgl. Infobrief 5-6/2018).

(Eine nur zur Hälfte mit Frischkäse gefüllte Frischkäseverpackung ist irreführend, vgl. LG Bremen, Urteil v. 25.02.2016, Az. 9 O 408/15, Wettbewerbsrecht Aktuell 7/2016; die genaue Stückzahl von Raffaello muss außen auf dem Umkarton angegeben werden vgl. LG Frankfurt a.M., Urteil v. 11.10.2017, Az. 2-06 O 245/17, Wettbewerbsrecht Aktuell 4/2018.) (ck/cb)

Olympia; Verwechslungsgefahr – Zulässige Lidl-Werbung für Grillprodukte, die auf die olympischen Ringe durch die Anordnung der Burger-Patties auf dem Grill anspielen

OLG Stuttgart, Urteil v. , Az. 2 U 109/17, GRUR-Prax 2018, 127 (red. Bearb. Grübler) (m. Abb.) – §§ 3 Abs. 1 S. 1, 3 Abs. 1 S. 2, 5 OlympSchG

Amtliche Leitsätze [1., 2.] und redaktioneller Leitsatz [3.]:

1. Eine Werbung für Grillprodukte mit einer Abbildung, auf der vier Hamburger und ein Lachsburger (sog. „Grillpatties“) auf einem Grill nach Art der Olympischen Ringe angeordnet sind, verstößt nicht gegen § 3 Abs. 1 S. 1 OlympSchG, weil nicht das olympische Emblem selbst verwendet, sondern durch die Werbung nur auf dieses angespielt wird.
2. Auch ein Verstoß gegen § 3 Abs. 1 S. 2 OlympSchG liegt nicht vor, da durch die Werbung weder die Gefahr von Verwechslungen begründet wird noch eine unlautere Ausnutzung der Wertschätzung der Olympischen Spiele und der Olympischen Bewegung (sog. Image-Transfer) erfolgt. Sie beschränkt sich in zulässiger Weise darauf, Assoziationen zu den Olympischen Spielen herbeizurufen und hierdurch Aufmerksamkeit zu wecken.
3. Durch die Werbung wird bei den angesprochenen Verbrauchern auch nicht die Fehlvorstellung geweckt, zwischen dem Deutschen Olympischen Sportbund e. V. und LIDL bestünden organisatorische oder wirtschaftliche Verbindungen. Insbesondere entsteht nicht der Eindruck, LIDL gehöre zum Kreis der offiziellen Sponsoren der Olympischen Spiele.

(Vgl. Immaterialgüterrecht Aktuell 4/2018; zur zulässigen Werbung mit „Olympische Preise“ und „Olympia-Rabatt“ vgl. BGH, Urteil v. 15.05.2014, Az. I ZR 131/13 - Olympia-Rabatt, Wettbewerbsrecht Aktuell 12/2014; zur Verfassungsmäßigkeit des OlympSchG vgl. OLG Düsseldorf, Urteil v. 18.06.2013, Az. I-20 U 109/12, Wettbewerbsrecht Aktuell 10/2013.) (cb)

* * *

Preisangaben; Rechtsbruch/Marktverhalten – Kaffeekapseln müssen mit Grundpreis beworben werden

OLG Koblenz, Urteil v. 06.12.2017, Az. 9 U 347/17, GRUR-Prax 2018, 158 (red. Bearb. Menebröcker) – §§ 3, 3a UWG; § 2 Abs. 1, 3 PAngV; §§ 6 Abs. 1, 7 Abs. 2 FPV

Redaktionelle Leitsätze:

1. Werden Kaffeekapseln mit Preisangaben beworben, so muss zugleich der Grundpreis gemäß § 2 Abs. 1, 3 PAngV angegeben werden.
2. Dies gilt auch, wenn die beanstandete Werbeanzeige keine Gewichtsangabe enthält, denn der Wortlaut und der sprachliche Zusammenhang der beiden Sätze des § 2 Abs. 1 PAngV bringen zum Ausdruck, dass lediglich das Angebot der Ware, nicht aber die Werbung „nach Gewicht“ erfolgen muss.
3. Die Verkehrsauffassung (die das Angebot von Kaffeekapseln evtl. nach Stück erwartet) ist nicht entscheidend, wenn spezielle gesetzliche Kennzeichnungsregelungen für die Angabe einer vor-

geschriebenen Verkaufseinheit nach den allgemeinen Vorschriften der Fertigpackverordnung oder anderen Spezialvorschriften bestehen.

(Grundpreisangabe auch bei Joghurtverpackungen mit getrennten Kammern erforderlich vgl. OLG Frankfurt a. M., Hinweisbeschluss v. 15.07.2016, Az. 14 U 87/15, Wettbewerbsrecht Aktuell 2/2017.) (cb)

* * *

Prozessrecht/Verfahrensrecht; Beseitigungsanspruch; Rückruf – Unterlassungsschuldner muss Weitertrieb von an Großhändler ausgelieferten Produkte zur Wundversorgung verhindern

BGH, Beschluss v. 11.10.2017, Az. I ZB 96/16, GRUR 2018, 292 = GRUR-Prax 2018, 136 (red. Bearb. Abrar) = PharmR 2018, 135 – § 14 Abs. 5 MarkenG; Art. 9 Abs. 1 S. 2 lit. b UMV (207/2009/EG); §§ 890, 935, 940 ZPO

Amtliche Leitsätze:

1. Die Verpflichtung zur Unterlassung einer Handlung, durch die ein fortdauernder Störungszustand geschaffen wurde, ist auch dann, wenn sie in einer einstweiligen Verfügung enthalten ist, mangels abweichender Anhaltspunkte dahin auszulegen, dass sie neben der Unterlassung derartiger Handlungen auch die Vornahme möglicher und zumutbarer Handlungen zur Beseitigung des Störungszustands umfasst.
2. Eine im Verfügungsverfahren grundsätzlich unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache liegt regelmäßig dann nicht vor, wenn der Schuldner die von ihm vertriebenen Waren aufgrund der gegen ihn ergangenen einstweiligen Verfügung nicht bei seinen Abnehmern zurückzurufen, sondern diese lediglich aufzufordern hat, die erhaltenen Waren im Hinblick auf die einstweilige Verfügung vorläufig nicht weiterzuvertrieben.

(Vgl. Immaterialgüterrecht Aktuell 4/2018; zum fehlenden Rückruf von bereits ausgelieferten „RESCUE TROPFEN“ und „RESCUE NIGHT SPRAY“ vgl. BGH, Beschluss v. 29.09.2016, Az. I ZB 34/15, Wettbewerbsrecht Aktuell 2/2017.) (cb)

* * *

Prozessrecht/Verfahrensrecht; Beweislast – „Wer einmal lügt, dem glaubt man nicht“ ist keine Beweisregel

OLG München, Urteil v. 07.12.2017, Az. 29 U 208/17, K&R 2018, 194 – §§ 286 Abs. 1, 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO

Amtlicher Leitsatz:

Maßgeblich für die Prüfung gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, ob konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen des Erstgerichts begründen, sind nicht vom Erstgericht im Anschluss an die Beweisaufnahme geäußerte vorläufige Einschätzungen, sondern allein die Ausführungen zur Beweiswürdigung im Ersturteil gemäß § 286 Abs. 1 S. 2 ZPO.

Die Beklagte zu 1), eine Anbieterin von Telekommunikationsdienstleistungen, behauptete wahrheitswidrig i. R. v. Anrufen, mit denen sie für einen Anbieterwechsel warb, gegenüber potentiellen Kunden, dass diese in Zukunft nicht mehr von der Klägerin, eben-

falls einer Anbieterin von Telekommunikationsdienstleistungen, bedient werden würden und die potentiellen Kunden demnächst gesetzlich verpflichtet seien, ihre Telekommunikationsdienstleistungen nur noch von einem Anbieter, insbesondere O2, zu beziehen. Die Unterlassungsklage vor dem LG München I war teilweise erfolgreich (Urteil v. 16.12.2017, Az. 1 HK O 17230/15). Die Berufung der Beklagten vor dem OLG München hatte keinen Erfolg.

Das Gericht stellte fest, dass die Beklagte keine konkreten Anhaltspunkte vorgetragen habe, die Zweifel an der Richtigkeit der Feststellungen des Landgerichts, nämlich dass die beanstandeten Werbebehauptungen tatsächlich so gemacht worden seien, begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten könnten. Insbesondere gebe es keine an den volkstümlichen Spruch „Wer einmal lügt, dem glaubt man nicht“ angelehnte Beweisregel, die es dem LG München I verwehrt hätte, die Glaubwürdigkeit der entsprechenden Zeugin hinsichtlich deren Aussage zu den streitgegenständlichen Äußerungen anzunehmen, obwohl deren Aussage an einem anderen Punkt im Widerspruch zu ihrer entsprechenden Angabe in einer eidesstattlichen Versicherung gestanden habe. Beweisregeln würden die Gerichte nur binden, wenn sie gesetzlich vorgegeben seien.

(Zur Beweislast in die Einwilligung zu Werbeanrufen, vgl. OLG München, Urteil v. 26.01.2017, Az. 29 U 3841/16, Wettbewerbsrecht Aktuell 7/2017.) (Ik)

* * *

Prozessrecht/Verfahrensrecht; Klagebefugnis; Kosten – Wettbewerbsverband muss ausreichende Zahl von Mitgliedern auf Nachfrage schon außergerichtlich schlüssig nachweisen, ggf. durch eine anonymisierte aktuelle Mitgliederliste

OLG Saarbrücken, Beschluss v. 27.11.2017, Az. 1 W 38/17, GRUR-Prax 2018, 134 (red. Bearb. Böckenholt) – § 8 Abs. 3 UWG

Amtlicher Leitsatz [1.] und redaktionelle Leitsätze [2., 3.]:

1. Ein rechtsfähiger Verband, der seine Klagebefugnis aus § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG ableitet, kann seine damit verbundene Funktion der kollektiven Wahrnehmung von Mitgliederinteressen nur erfüllen, wenn ihm tatsächlich eine ausreichende Zahl von Mitgliedern angehört, deren Interessen von der Zuwiderhandlung berührt sind. Diese Voraussetzungen sind auf Verlangen des Abgemahnten auch vorgerichtlich schlüssig darzulegen.
2. Der Abgemahnte hat vorgerichtlich keinen Anspruch auf Überlassung einer nicht anonymisierten Mitgliederliste des Antragstellers.
3. Im Rahmen einer schlüssigen Darlegung muss der Antragsteller der Antragsgegnerin als Reaktion auf ein Anwaltsschreiben vorgerichtlich mitteilen, ob und inwiefern ihm eine erhebliche Zahl von Mitgliedern angehören, die auf dem relevanten räumlichen Markt im Heilbehandlungssektor tätig sind, z. B. durch Vorlage einer anonymisierten aktuellen Mitgliederliste.

(Zur Klagebefugnis eines Wettbewerbsverbandes vgl. BGH, Urteil v. 08.12.1999, Az. 1 ZR 254/95, Wettbewerbsrecht Aktuell 2/2001.) (cb)

* * *

Prozessrecht/Verfahrensrecht; Zustellung – Keine Heilung von Zustellungsmängeln gemäß § 189 ZPO durch Weiterleiten einer Kopie

OLG Hamburg, Beschluss v. 22.12.2017, Az. 3 W 38/17, GRUR-Prax 2018, 160 (red. Bearb. Löffel) – §§ 172, 189, 191 ZPO

Amtliche Leitsätze:

1. Leitet eine Partei, der ein Schriftstück entgegen §§ 172, 191 ZPO direkt zugestellt worden ist, das Dokument an ihren Prozessbevollmächtigten weiter, wird der Zustellmangel gemäß § 189 ZPO nur geheilt, wenn das Schriftstück dem Prozessbevollmächtigten tatsächlich zugegangen ist. Das ist nur der Fall, wenn ihm das an die Partei selbst zugestellte - also das nämliche - Schriftstück zugeleitet wird (Festhaltung an: OLG Hamburg, Urteil v. 12.01.2006, Az. 3 U 93/05).
2. Die Authentizität einer im Parteibetrieb zugestellten Beschlussverfügung ist anhand der vom falschen Zustellempfänger (der Partei) selbst hergestellten und dem richtigen Empfänger (dem Prozessbevollmächtigten) übermittelten Kopie des zugestellten Verfügungstitels nicht hinreichend überprüfbar. Die Partei bietet nicht die gleiche Gewähr für die inhaltliche Übereinstimmung des bloß in Kopie weitergeleiteten Titels mit der ihr zugestellten Ausfertigung oder beglaubigten Abschrift des Titels wie dies bei einer Zustellung des Titels durch einen Rechtsanwalt grundsätzlich ebenso der Fall ist wie bei einer Amtszustellung. Daher wird durch einen solchen Vorgang keine Heilung des Zustellmangels gemäß § 189 ZPO bewirkt.
3. Die neuere Rechtsprechung des BGH (Urteil v. 22.12.2015, Az. VI ZR 79/15; Urteil v. 22.03.2016, Az. VI ZR 109/15; Urteil v. 19.04.2016, Az. VI ZR 131/15), nach der auch ein bisher als unheilbar geltender Mangel des Schriftstücks selbst als nach § 189 ZPO heilbarer Mangel des Zustellvorgangs angesehen worden ist, ist auf Fälle der Weiterleitung eines unter Missachtung der Zustellvorschriften an die Partei zugestellten Schriftstücks, dass diese in der Form einer von ihr selbst hergestellten einfachen Abschrift ihrem Prozessbevollmächtigten als dem richtigen Zustellempfänger zuleitet, nicht anwendbar.

(Anderer Ansicht in dieser Sache war das LG Hamburg, Beschluss v. 05.04.2017, Az. 327 O 18/17, Wettbewerbsrecht Aktuell 12/2017; zu der Thematik keine Heilung des Zustellungsmangels lediglich durch den Zugang eines inhaltsgleichen, aber nicht des Dokuments selbst vgl. auch OLG München, Urteil v. 14.09.2017, Az. 6 U 1864/17, Wettbewerbsrecht Aktuell 1/2018.)

* * *

Prozessrecht/Verfahrensrecht; Zwangsvollstreckung – Bei einer Verurteilung zur Rechnungslegung, muss nach den vorgelegten Unterlagen nicht nur die Schadensberechnung möglich, sondern sie muss auch nachprüfbar sein

OLG Frankfurt a.M., Beschluss v. 01.11.2017, Az. 6 W 69/17, GRUR-Prax 2018, 159 (red. Bearb. Haertel) – §§ 91a, 888 ZPO; § 259 BGB

Amtlicher Leitsatz:

Wer zur Rechnungslegung über die Geschäfte, welche unter Verwendung eines bestimmten Produkts getätigt wurden, verurteilt worden ist, hat eine Aufstellung der dieses Produkt betreffenden einzelnen Ein- und Verkaufsgeschäfte vorzulegen, aus der sich der jeweilige Kaufpreis ergibt; außerdem ist die Vorlage der zugehörigen Rechnungen und Lieferscheine erforderlich.

(Zum Auskunfts- und Gewinnabschöpfungsanspruch vgl. LG Kiel, Teilurteil v. 30.12.2016, Az. 13 O 135/15, Wettbewerbsrecht Aktuell 5/2017.) (cb)

* * *

Prozessrecht/Verfahrensrecht; Zwangsvollstreckung; Gewinnabschöpfung – Zum Inhalt der Rechnungslegungspflicht, um die Ansprüche auf Herausgabe des Verletzergewinns nach § 10 UWG zu beziffern (unzulässige Rücklastschriftgebührenklausel eines Mobilfunkanbieters)

BGH, Urteil v. 13.07.2017, Az. I ZR 64/16 - Rechtskraft des Zwangsmittelbeschlusses, MMR 2018, 168 – §§ 322 Abs. 1, 767, 887, 888 ZPO; §§ 259 Abs. 2, 362 Abs. 1 BGB; § 10 UWG

Amtliche Leitsätze:

1. Die für die Rechtskraft von Urteilen geltenden Bestimmungen der §§ 322 bis 327 ZPO sind grundsätzlich auf mit dem Ablauf der Rechtsbehelfsfrist oder mangels eines statthaften Rechtsbehelfs formell rechtskräftige Beschlüsse nach § 888 ZPO entsprechend anwendbar, soweit diese auch inhaltlich eine der Rechtskraft fähige Entscheidung enthalten.
2. Bei einem Zwangsmittelbeschluss wegen der Nichtvornahme einer dem Schuldner auferlegten unvertretbaren Handlung ist die Nichterfüllung des gerichtlich angeordneten Gebots Vorfrage für die Anordnung des Zwangsmittels und nimmt als solche nicht an der Rechtskraft des Zwangsmittelbeschlusses teil.
3. Das für die Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse besteht auch dann, wenn ein Vollstreckungstitel zwar vorliegt, die Beteiligten aber über die Reichweite der Urteilsformel streiten.
4. Der Umstand, dass über die Auslegung eines Vollstreckungstitels bereits in einem Vollstreckungsverfahren entschieden worden ist, steht dem Interesse an der abschließenden Klärung des insoweit bestehenden Streits in einem ordentlichen Verfahren nicht entgegen.

(Zu Inhalt und Umfang der Verurteilung zur Rechnungslegung vgl. auch OLG Frankfurt a.M., Beschluss v. 01.11.2017, Az. 6 W 69/17, Wettbewerbsrecht Aktuell 8/2018.) (cb)

* * *

Rechtsbruch/Marktverhalten; vorangegangenes wettbewerbswidriges Verhalten – Kein Verbot der Fruchtzüchtung wenn Produkte selbst nicht unter Verletzung von Betriebsgeheimnissen hergestellt wurden

BGH, Urteil v. 16.11.2017, Az. I ZR 161/16 - Knochenzement I, BB 2018, 577 (Ls.) = GRUR-Prax 2018, 155 (red. Bearb. Weiß) – §§ 3, 4 Nr. 11 UWG a. F.; §§ 3 Abs. 1, 3a, 17 Abs. 2 UWG n. F.; § 308 Abs. 1 ZPO

Amtliche Leitsätze:

1. Ein auf § 3a UWG i. V. m. § 17 UWG gestützter Unterlassungsanspruch unter dem Gesichtspunkt des Verbots der Fruchtzüchtung aus einer vorangegangenen Verletzung von Betriebsgeheimnissen erfasst nicht den Vertrieb und die Bewerbung von Produkten, die zwar Nachfolgeprodukte von unter Verletzung von Betriebsgeheimnissen hergestellter Produkte sind, selbst aber nicht unter Verletzung von Betriebsgeheimnissen hergestellt werden.
2. Die Ausnutzung der Auswirkungen eines vorangegangenen wettbewerbswidrigen Verhaltens ist nicht per se, sondern nur dann nach der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel gemäß § 3 Abs. 1 UWG unzulässig, wenn sie unmittelbar mit dem vorangegangenen Wettbewerbsverstoß zusammenhängt und ihrerseits die Voraussetzungen einer unlauteren geschäftlichen Handlung i. S. v. § 3 Abs. 1 UWG erfüllt.
3. Ein auf Naturalrestitution gerichteter Schadensersatzanspruch wegen Verletzung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen kann allenfalls darauf gerichtet sein, dem Schädiger die Benutzung des unbefugt erlangten oder verwerteten Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses zu verbieten.

Die Rechtsvorgängerin der Klägerin stellte seit dem Jahr 1959 Knochenzemente her, deren Vertrieb von 1998 bis 2005 über die Beklagte erfolgte. Nach Einstellung der Belieferung durch die Klägerin brachte die Beklagte eigene Knochenzemente heraus und vertrieb diese. Ende 2008 nahm die Klägerin die Beklagte im Hinblick auf diese Knochenzemente wegen der Verletzung von Betriebsgeheimnissen gerichtlich in Anspruch. Das OLG Frankfurt a. M. verurteilte die Beklagte rechtskräftig insoweit zur Unterlassung, als die Knochenzemente der Beklagten unter Verwertung von Spezifikationen bestimmter Inhaltsstoffe, die als Betriebsgeheimnisse der Klägerin angesehen wurden, hergestellt und vertrieben wurden (Urteil v. 05.06.2014, Az. 6 U 15/13). Seit September 2014 bewarb und vertrieb die Beklagte Knochenzemente der Firma Z, welche nicht dem Unterlassungsgebot des im Vorprozess ergangenen Urteils des OLG Frankfurt a. M. unterfielen. Eine erneute Unterlassungsklage vor dem LG Frankfurt a. M. war nicht erfolgreich (Urteil v. 08.07.2015, Az. 8 O 12/15). Die dagegen gerichtete Berufung der Klägerin vor dem OLG Frankfurt a. M. blieb ebenfalls ohne Erfolg (Urteil v. 23.06.2016, Az. 6 U 157/15). Der BGH wies die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Oberlandesgerichts zurück.

Der BGH führte aus, dass die Unterlassungsanträge nicht wegen eines Verstoßes gegen §§ 3, 4 Nr. 11 UWG a. F. sowie §§ 3, 3a UWG n. F., jeweils i. V. m. § 17 UWG n. F., gerechtfertigt seien. Das mit den Unterlassungsanträgen angegriffene Verhalten stelle keine unmittelbare Verletzung des § 17 UWG dar, da die von den Anträgen erfassten Knochenzemente nicht unter unbefugter Verwertung von Betriebsgeheimnissen der Rechtsvorgängerin der Klägerin hergestellt worden seien. Die Anträge seien auch ferner nicht unter dem Gesichtspunkt des Verbots der Fruchtzüchtung aus einem zuvor i. R. d. Herstellung und des Vertriebs der Vorgängerprodukte unlauter verwerteten Betriebsgeheimnisses begründet. Die Unterlassungsanträge würden sich nur auf den Vertrieb und die Bewerbung von anderen, nicht mit dem Vorwurf der Verletzung von Betriebsgeheimnissen behafteten Produkten, beziehen. Die Annahme der Unlauter-

keit eines für sich genommen rechtmäßigen Wettbewerbsverhaltens unter dem Gesichtspunkt der Fruchtziehung aus einer vorangegangenen wettbewerbswidrigen Verhaltensweise setze voraus, dass von dem angegriffenen Verhalten eine unmittelbare Störung des lautereren Wettbewerbs ausgehe oder sonst ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem unlauteren Vorgehen und der als Fruchtziehung beanstandeten Handlung bestehe. An einer entsprechenden Unmittelbarkeit fehle es im Streitfall, da die Klägerin kein Wettbewerbsverhalten der Beklagten angreife, dass sich unmittelbar auf die unter Verletzung von Betriebsgeheimnissen hergestellten Knochenzemente und deren Eigenschaften beziehe. Zudem bestehe aufgrund einer Gesamtabwägung kein die Interessen der Beklagten und ihrer Kunden sowie der Allgemeinheit überwiegendes Interesse der Klägerin an einem Belieferungs- und Werbeverbot. Der von der Klägerin begehrte Rechtsschutz sei nicht erforderlich, um die Beeinträchtigung ihrer Marktposition durch die Beklagte aufgrund des rechtswidrigen Vertriebs der Knochenzemente auszugleichen. Die Unterlassungsanträge seien auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Schadensbeseitigung gerechtfertigt.

(Mit der Verletzung von Betriebsgeheimnissen beschäftigte sich der BGH auch in seiner „Knochenzement II“-Entscheidung, vgl. Urteil v. 16.11.2017, Az. I ZR 160/16, Wettbewerbsrecht Aktuell 4/2018.) (Ik)

* * *

Unterlassungs-Verpflichtungserklärung; ärztliches Berufsrecht – Vertragsstrafe i. H. v. 5.500 Euro bei wiederholtem Verstoß angemessen

LG Düsseldorf, Urteil v. 07.12.2017, Az. 37 O 31/17, WRP 2018, 375 – § 339 BGB

Redaktionelle Leitsätze:

1. Persönliches Unvermögen an der Abstellung eines Wettbewerbsverstoßes ändert nichts am Verschulden, da sich der Unterlassungsschuldner ggf. sachkundiger Hilfe bedienen muss.
2. Eine Vertragsstrafe von 5.500 Euro ist bei wiederholtem Verstoß gegen die Unterlassungserklärung durch die Betreibergesellschaft einer Arztpraxis angemessen.

Die Beklagte warb auf ihrer Internetseite mit der Bezeichnung „R Klinik“. Im Juni 2016 gab sie gegenüber dem Kläger eine Unterlassungs-Verpflichtungserklärung ab, in der sie sich i. V. m. einem Vertragsstrafversprechen verpflichtete, es zu unterlassen, ihre Einrichtung im geschäftlichen Verkehr als Klinik zu bezeichnen, sofern es ihr an der Konzession nach § 30 GewO fehle und/ oder die Einrichtung nicht mit den sachlichen und personellen Möglichkeiten zur stationären Aufnahme ausgestattet sei. Dennoch warb die Beklagte im September 2016 weiterhin auf Facebook mit dem Hinweis „R Klinik“ und verwendete die Domain „www.r-klinik.com“. Deshalb zahlte sie eine Vertragsstrafe an den Kläger. Im Januar 2017 verwendete die Beklagte in ihrem Facebook-Auftritt i. R. d. Präsentation von Vorher-Nachher-Bildern die Bezeichnung „R Klinik“. Auf eine Abmahnung des Klägers unterwarf sich die Beklagte erneut strafbewehrt. Die Klage auf Zahlung der Vertragsstrafe und der Kosten der Abmahnung war erfolgreich.

Das LG Düsseldorf entschied, dass die Vertragsstrafe gemäß § 339 S. 2 BGB verwirkt sei, da die Beklagte

durch das Zeigen von Fotos mit der Aufschrift „R Klinik“ im Januar 2017 gegen die von ihr übernommene Unterlassungsverpflichtung verstoßen habe. Die geltend gemachte Vertragsstrafe sei auch der Höhe nach gerechtfertigt. Sie überschreite schon deshalb nicht die Grenzen des dem Kläger eingeräumten Ermessens, da es sich um einen Verstoß der Beklagten handle, welchen diese trotz der über ein halbes Jahr zuvor ausgesprochenen ersten Abmahnung und des vorangegangenen Vertragsstrafeverlangens des Klägers nicht abgestellt habe. Der Verstoß sei auch offensichtlich schuldhaft erfolgt, da die Beklagte sich bei persönlichem Unvermögen sachkundiger Hilfe hätte bedienen müssen.

(Zur Vertragsstrafe nach Abgabe einer Unterlassungserklärung, vgl. LG Berlin, Urteil v. 17.10.2017, Az. 15 O 129/17, Wettbewerbsrecht Aktuell 2/2018.) (pbg/ck/lk)

* * *

Widerrufsbelehrung; Spürbarkeit – Angaben zum Widerrufsempfänger müssen klar und verständlich sein

OLG Hamm, Urteil v. 30.11.2017, Az. 4 U 88/17, WRP 2018, 362 = ZVertriebsR 2018, 94 – §§ 8 Abs. 1 S. 1, 3 Abs. 1, 3a UWG; Art. 246a §§ 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 4 EGBGB

Redaktioneller Leitsatz:

Sind in der Widerrufsbelehrung und dem Muster-Widerrufsformular unterschiedliche Widerrufsempfänger angegeben, wird der Verbraucher nicht in klarer und verständlicher Weise über Bedingungen und Verfahren der Ausübung des Widerrufsrechts informiert.

Die Beklagte vertreibt Sonnenschirme und entsprechendes Zubehör über eine Internetplattform. Die Produktangebote der Beklagten enthielten einen mit Widerrufsbelehrung überschriebenen Text, wonach sich der Kunde um sein Widerrufsrecht auszuüben an die Y1 GmbH wenden sollte, und ein Muster-Widerrufsformular, welches jedoch an die Y2 GmbH gerichtet war. Die Beklagte wurde durch Versäumnisurteil vom LG Arnsberg zur Unterlassung verurteilt. Nach Einspruch wurde das Versäumnisurteil aufrechterhalten (Urteil v. 22.06.2017, Az. 8 O 122/16). Die Berufung der Beklagten war nicht erfolgreich.

Das OLG Hamm war der Ansicht, dass gegen die Beklagte ein Unterlassungsanspruch gemäß § 8 Abs. 1 S. 1, 3 Abs. 1, 3a UWG, Art. 246a §§ 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 4 Abs. 1 EGBGB bestehe. Der Unternehmer müsse den Verbraucher in klarer und verständlicher Weise über die Bedingungen, Fristen und das Verfahren für die Ausübung des Widerrufsrechts informieren. Diesen Anforderungen werde die streitgegenständliche Widerrufsbelehrung nicht gerecht, da sich dieser nicht entnehmen lasse dass der Verbraucher nach seiner Wahl den Widerruf entweder gegenüber der Beklagten selbst oder gegenüber der Y2 GmbH erklären könne. Vielmehr seien die Angaben in dieser Widerrufsbelehrung gerade widersprüchlich. Der Verstoß sei auch spürbar i. S. d. § 3a UWG, da Informationspflichten verletzt würden die auf unionsrechtlichen Regelungen beruhen. Zudem bestehe die Gefahr, dass eine nicht unerhebliche Zahl von Verbrauchern angesichts der widersprüchlichen Angaben von der Ausübung des Widerrufsrechts absehe.

(Zu den Anforderungen der Widerrufsbelehrung an das Deutlichkeitsgebot, vgl. BGH, Urteil

v. 24.01.2017, Az. XI ZR 183/15, Wettbewerbsrecht Aktuell 12/2017.) (Ik)

* * *

Weitere Urteile

- AGB; Verbraucherschutz – BGH, Urteil v. 20.03.2018, Az. XI ZR 309/16: Klauseln, die Widerrufsrecht des Kunden erschweren, sind unwirksam, BB 2018, 705 (Ls.)
- Kartellrecht; Exklusivitätsvereinbarungen – BKartA, Beschluss v. 04.12.2017, Az. B6-132/14-2: Bei der marktverschließenden Wirkung von Exklusivvereinbarungen eines marktbeherrschenden Unternehmens genügt der Nachweis konkreter Gefahrenlagen für den Wettbewerbsprozess, WuW 2018, 164-171
- Kartellrecht; Glücksspiel – VG München, Urteil v. 25.07.2018, Az. 16 K 12.1915: Image- oder Sympathiewerbung für Wetten unzulässig, GewA 2018, 109
- Kartellrecht; Ungleichbehandlung – OLG München, Urteil v. 23.11.2017, Az. 29 U 142/17 Kart: Unterscheidung eines marktbeherrschenden Softwareunternehmens zwischen Universitäten und anderen Forschungseinrichtungen ist wettbewerbskonformer Interessenausgleich, ZVertriebsR 2018, 123
- Kernverstoß; Prozessrecht/Verfahrensrecht – OLG Frankfurt a. M., Beschluss v. 23.11.2017, Az. 6 U 121/17: Abgewandelte Form einer konkreten Verletzungsform begründet Rechtsschutzbedürfnis für weitere Unterlassungsverfügung, WRP 2018, 361
- Prozessrecht/Verfahrensrecht; Datenschutz; personenbezogene Daten – OLG Nürnberg, Hinweisbeschluss v. 10.08.2017, Az. 13 U 851/17: Dashcam-Aufzeichnungen als Beweis zulässig, CR 2018, 166
- Veranstalter-Konkurrenzkampf; Österreich – OLG Graz, Beschluss v. 05.04.2017, Az. 5 R 36/17d: Für sich genommen nicht wettbewerbswidrige Behinderungsmaßnahmen, mit Ziel Mitbewerber in ihrer wirtschaftlichen Existenz zu vernichten; sind in ihrer Kombination unlauter, ÖBl 2018, 71 (m. Anm. Grama)

II. INTERNATIONALES WETTBEWERBSRECHT

Ärztliches Berufsrecht; Werbebeschränkungen; Österreich – Bewerbung als „Master Provider“ in Bezug auf zahnärztliche Behandlungsmethoden unzulässig

OGH Österreich, Beschluss v. 24.10.2017, Az. 4 Ob 157/17t, ÖBl 2018, 67 (Ls.; m. Anm. Hinger) – § 1 österr. UWG; Art. 3 lit. c, lit. d WR-ÖZAK

Redaktioneller Leitsatz:

Werbung für Hersteller medizinischer Produkte und bestimmte Behandlungsmethoden verstößt gegen berufsrechtliche Werbebeschränkungen. Es widerspricht der zahnärztlichen Werberichtlinie, wenn ein Zahnarzt sich in Bezug auf diese Behandlungsmethoden unter Verwendung einer Art Gütesiegels als „Master Provider“ bezeichnet.

Die beklagte Zahnärztin betrieb Werbung für die Hersteller und Vertreiber medizinischer Produkte, indem sie eine bestimmte Marke in Ankündigungen auf ihrer Webseite verwendete und/ oder unter dieser Marke vertriebene Produkte vorstellte. Zudem pries sie ihre zahnärztlichen Leistungen in öffentlichen Ankündigungen durch die Verwendung der Bezeichnung „Master Provider“ an, u. a. durch eine einem Gütezeichen nachempfundenen Darstellung mit dieser Bezeich-

nung. Das OLG Linz verbot der Beklagten diese Art der Werbung, da sie gegen die standesrechtlichen Bestimmungen des Art. 3 WR-ÖZAK verstoße (Beschluss v. 17.07.2017, Az. 1 R 98/17p-16). Der OGH Österreich wies den außerordentlichen Revisionsrekurs der Beklagten zurück.

Das Gericht entschied, dass eine Bestätigung der Entscheidung über die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs in dritter Instanz nicht mehr angefochten werden könne. Nach Art. 3 lit. d WR-ÖZAK liege ein das Ansehen des Berufsstands beeinträchtigendes Anpreisen oder Bewerben zahnärztlicher Leistungen dann vor, wenn Werbung für Arzneimittel, Heilbefehle oder sonstige medizinische Produkte sowie für deren Hersteller und Vertreiber betrieben werde. Die Nennung des Markennamens und des Herstellers sei eine über eine allgemeine Sachinformation des Patienten über die Behandlungsmethode hinausgehende Information, die zur Darstellung des Leistungsspektrums außerhalb eines konkreten und detaillierten ärztlichen Beratungsgesprächs nicht erforderlich sei. Auch seien von privaten Herstellern angebotene „Einschulungen“ auf die spezifischen Anwendungserfordernisse ihrer Produkte nicht geeignet, über Art. 4 lit. a WR-ÖZAK eine Ausnahme von Art. 3 lit. d WR-ÖZAK zu begründen. Zudem widerspreche die blickfangartig mit der Abbildung einer Art Gütesiegels verbundene Hervorhebung der Bezeichnung „Master Provider“ der zahnärztlichen Werberichtlinie.

(Zur Europarechtswidrigkeit eines allgemeinen und ausnahmslosen Werbeverbots für Zahnarztleistungen, vgl. EuGH, Urteil v. 04.05.2017, Rs. C-339/15, Wettbewerbsrecht Aktuell 5/2017.) (Ik)

* * *

Datenschutz; Löschfristen – Prüfungsarbeiten stellen personenbezogene Daten dar

EuGH, Urteil v. 20.12.2017, Rs. C-434/16 - Nowak/Daten Protection Commissioner, ZD 2018, 113 = GewA 2018, 122 = NJW 2018, 767 – Art. 2 lit. a, 6, 7, 12, 13, 14, 28 Datenschutz-RL (95/46/EG); Art. 15, 23 DS-GVO (2016/679/EU)

Amtlicher Leitsatz:

Art. 2 lit. a Datenschutz-RL (95/46/EG) ist dahin auszulegen, dass unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens die schriftlichen Antworten eines Prüflings in einer berufsbezogenen Prüfung und etwaige Anmerkungen des Prüfers zu diesen Antworten „personenbezogene Daten“ i. S. d. Bestimmung darstellen.

Der Kläger war Trainee Accountant und hatte die Prüfungen des Institute of Chartered Accountants of Ireland (CAI) im Fach Rechnungswesen abgelegt. Nachdem der Kläger jedoch durch eine Prüfung vier Mal durchgefallen war und eine Beschwerde hiergegen zurückgewiesen worden war, stellte er einen Antrag auf Auskunft der sich auf sämtliche ihn betreffenden und im Besitz der CAI befindlichen personenbezogenen Daten bezog. Die CAI weigerte sich jedoch, ihm seine Prüfungsarbeiten herauszugeben, da diese nach Ansicht der CAI keine personenbezogenen Daten i. S. d. Datenschutzgesetzes enthielten. Der Supreme Court setzte das Verfahren gegen diese Entscheidung des CAI aus und legte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob eine Prüfungsarbeit unter den Begriff „personenbezogene Daten“ i. S. d. Datenschutz-RL (95/46/EG) fallen könne.

Der EuGH entschied, dass berufsbezogene Prüfungsleistungen und etwaige Anmerkungen des Prüfers personenbezogene Daten i. S. d. Datenschutz-RL darstellen. Der Begriff umfasse alle Arten von Informationen, sowohl objektiver als auch subjektiver Natur in Form von Stellungnahmen oder Beurteilungen, wenn es sich um Informationen „über“ die Person handle. Dies sei der Fall, wenn die Information auf Grund ihres Inhalts, ihres Zwecks oder ihrer Auswirkungen mit einer bestimmten Person verknüpft sei. Nach Ansicht des EuGH stellten die schriftlichen Antworten eines Prüflings in einer berufsbezogenen Prüfung Informationen „über“ die Person des Prüflings dar, da der Inhalt dieser Antwort u. a. den Kenntnisstand und das Kompetenzniveau des Prüflings in einem bestimmten Bereich widerspiegele. Zudem ziele die Sammlung dieser Antworten darauf ab, die beruflichen Fähigkeiten des Prüflings und seine Eignung zur Ausübung des betreffenden Berufs zu beurteilen. Ebenso stellen die Anmerkungen des Prüfers zu den Antworten des Prüflings Informationen über den entsprechenden Prüfling dar, da sie gerade darauf abzielen die Beurteilung der Leistung des Prüflings zu dokumentieren. Zudem könnten die Anmerkungen Auswirkungen auf den Prüfling haben (vgl. Wettbewerbsrecht Aktuell 4/2018).

(Zur Zulässigkeit der Übermittlung personenbezogener Daten zwischen Verwaltungsbehörden, vgl. EuGH, Urteil v. 01.10.2015, Az. C-201/14, Wettbewerbsrecht Aktuell 11/2015.) (Ik)

* * *

Lebensmittelrecht; Irreführung; Österreich – Auch Verbraucherleitbild agiert bei geringfügigen Waren des täglichen Bedarfs „flüchtig“

OLG Wien, Beschluss v. 31.08.2018, Az. 4 R 50/17d, ÖBl 2018, 68 (Ls.; m. Anm. Hinger; m. Abb.) – § 2 Abs. 1 österr. UWG

Redaktioneller Leitsatz:

Auch ein durchschnittlich informierter und verständiger Verbraucher lässt sich bei der Aufmerksamkeit und Sorgfalt, mit der er sich mit einem Zutatenverzeichnis auseinandersetzt, von der Bedeutung und vom Preis der Ware leiten.

(Zum auf in der Entscheidung Bezug genommene Himbeer-Vanille-Abenteuer des EuGH, vgl. Urteil v. 04.06.2015, Rs. C-195/14 - Verbraucherzentrale Bundesverband e. V./Teekanne GmbH & Co. KG, Wettbewerbsrecht Aktuell 7/2015.) (Ik)

* * *

Meinungsfreiheit – Abbildung von religiösen Symbolen (hier: Jesus und Maria) in Werbeanzeigen zulässig

EGMR, 20.1.2018 v. 20.01.2018, Az. 69317/14, GRUR-Prax 2018, 131 (red. Bearb. Czernik) – Art. 10 EMRK

Redaktioneller Leitsatz:

Das Verbot von Werbeanzeigen mit religiösen Motiven, die weder diskriminierend noch beleidigend sind, verstößt gegen das Recht auf freie Meinungsäußerung aus Art. 10 § 1 EMRK.

Eine litauische Modefirma hatte in drei Werbeanzeigen Modells abgebildet, die wie Jesus und Maria aussahen. In der ersten Anzeige trug ein junger Mann mit mehreren Tattoos, langen Haaren, einem Stirnband und

einem Heiligenschein um den Kopf eine Jeans mit der Bildunterschrift: „Jesus, was für eine Jeans!“. In der zweiten Anzeige war eine junge Frau mit einem weißen Kleid, Heiligenschein und Rosenkranzperlenkette zu sehen. Die Bildunterschrift lautete: „Liebe Maria, was für ein tolles Kleid!“. In der dritten Anzeige waren beide zusammen zu sehen mit der Bildunterschrift: „Jesus, Maria, was trägt ihr da!“. Die staatliche Verbraucherschutzorganisation („SCRPA“) hatte die Werben unter sagt, weil die Plakate unethisch seien und religiöse Gefühle verletzen würden. Sie hatte zuvor die Meinung der litauischen Bischofskonferenz eingeholt, die der Ansicht war, die Kampagne missbrauche christliche Symbole für Werbezwecke und verletzte religiöse Gefühle anderer. Diese Auffassung vertrat auch der litauische Werberat. Die Modefirma war der Ansicht niemand würde hier von Jesus und Maria in der religiösen Kunst ausgehen und die Werbeträger mit Ikonen im religiösen Sinn verwechseln. Die Anzeigen nähmen vielmehr Bezug auf gängige litauische Wortspiele. Außerdem habe keine Beleidigungsabsicht bestanden. Das Unternehmen blieb vor den litauischen Verwaltungsgerichten in allen Instanzen erfolglos, weswegen es Klage beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) einreichte. Es machte eine Verletzung seiner Freiheit auf Meinungsäußerung (Art. 10 § 1 EMRK) geltend.

Das EGMR bejaht einen Verstoß gegen Art. 10 § 1 EMRK. Die SCRPA und die Gerichte hätten nicht ausreichend geprüft, ob tatsächlich religiöse Gefühle oder die öffentliche Moral verletzt worden seien. Die SCRPA habe sich nicht hinreichend mit den Argumenten des Unternehmens auseinandergesetzt. Sie habe zudem behauptet die Werbung fördere „einen Lebensstil, der mit den Prinzipien einer religiösen Person unvereinbar sei“, aber sie habe nicht erklärt, wodurch sich Lebensstil auszeichne und wie die Werbung ihn fördere. Nicht berücksichtigt habe die SCRPA zudem, dass von der Meinungsfreiheit auch solche Äußerungen geschützt seien, die für die Mehrheit der Bevölkerung schockierend oder störend seien. Das Werbeverbot sei damit insgesamt nicht substantiiert genug begründet worden.

(Den Schutz der Meinungsfreiheit genoss auch die Schockwerbung von Benetton vgl. BVerfG, Urteil v. 12.02.2001, Az. 1 BvR 1762/95, 1 BvR 1787/95 - Benetton, Wettbewerbsrecht Aktuell 1/2001; BVerfG, Beschluss v. 11.03.2003, Az. 1 BvR 426/02 - Benetton II, Wettbewerbsrecht Aktuell 5/2003.) (cb)

III. INTERNETRECHT

Allgemeines Persönlichkeitsrecht; Störerhaftung – Subsidiaritätsgrundsatz gilt für Haftung des Betreibers einer Internetsuchmaschine

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss v. 03.07.2017, Az. 9 U 30/17, ZUM-RD 2018, 150 – §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 BGB; Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG

Redaktioneller Leitsatz:

Der Betreiber einer Internetsuchmaschine haftet als Störer, wenn der in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht Verletzte bereits alles ihm zumutbare unternommen hat, um gegen diejenigen vorzugehen, die die Rechtsverletzung selbst begangen oder zur Rechtsverletzung selbst beigetragen haben.

(Vgl. Immaterialgüterrecht Aktuell 1/2018; zur fehlenden Störerhaftung eines Internetportalbetreibers,

vgl. OLG Frankfurt a. M., Urteil v. 21.12.2017, Az. 16 U 72/17, Wettbewerbsrecht Aktuell 4/2018; zur Störerhaftung von Google bei Verzögerung der Prüfung von fremden, falschen Tatsachenbehauptungen, vgl. LG Hamburg, Urteil v. 24.03.2017, Az. 324 O 148/16, Wettbewerbsrecht Aktuell 10/2017.) (lk)

* * *

Filesharing; Aufsichtspflicht – Sekundäre Darlegungslast umfasst auch Untersuchung nach dem urheberrechtlich geschützten Werk selbst

AG Nürnberg, Urteil v. 25.10.2017, Az. 32 C 3784/17, ZUM 2018, 206 – §§ 97 Abs. 2 S. 1, S. 3, 104a; § 287 ZPO; § 832 BGB

Redaktioneller Leitsatz:

Der Anschlussinhaber genügt seiner sekundären Darlegungslast nur, wenn er die Hardware nicht nur im Hinblick auf eine etwaige Tauschbörsensoftware untersucht, sondern auch hinsichtlich des in der Abmahnung bezeichneten urheberrechtlich geschützten Werks bzw. der diesbezüglichen Dateien.

Vom Internetanschluss des Beklagten wurde zu drei verschiedenen Zeitpunkten über drei verschiedene IP-Adressen jeweils das Computerspiel „Metro Last Light“, welches die Klägerin vertreibt, für Dritte mittels einer sog. Tauschbörsensoftware zum Download angeboten. Zu diesen Zeitpunkten lebten im Haushalt des Beklagten dessen Ehefrau sowie ein 18jähriger Sohn und eine 16jährige Tochter, die alle den Internetanschluss des Beklagten benutzten. Der Beklagte befragte nach Erhalt der Abmahnung seine Ehefrau und die beiden Kinder. Alle verneinten ihre eigene Täterschaft. Zudem untersuchte der Beklagte alle Geräte nach einer Tauschbörsensoftware. Der Beklagte gab auf die Abmahnung der Klägerin eine qualifizierte Unterlassungserklärung ab. Die Klage auf Erstattung von Anwaltskosten und Lizenzanalogieschadensersatz war erfolgreich.

Das AG Nürnberg entschied, dass der Klägerin gegen den Beklagten ein Schadensersatzanspruch gemäß § 97 Abs. 2, S. 1, S. 3, Abs. 1 UrhG zustehe. Im Falle von Tauschbörsen bestehe grds. die tatsächliche Vermutung, dass der Anschlussinhaber auch der Täter einer Rechtsverletzung sei, wenn die Rechtsverletzung über dessen Internetanschluss begangen worden sei, außer der Internetanschluss werde von mehreren Personen neben dem Anschlussinhaber genutzt. In diesem Fall treffe den Anschlussinhaber jedoch eine sog. sekundäre Darlegungslast. In diesem Rahmen sei der Anschlussinhaber auch verpflichtet, hinsichtlich des selbst genutzten Computers Nachforschungen anzustellen, inwieweit darauf Filesharing Software vorhanden sei. Zudem habe auch hinsichtlich der von minderjährigen Kindern genutzten Hardware eine Kontrolle durch den insoweit sorgeberechtigten Anschlussinhaber zu erfolgen und zwar nicht nur im Hinblick auf eine etwaige Tauschbörsensoftware, sondern auch hinsichtlich des urheberrechtlich geschützten Werks bzw. der diesbezüglichen Dateien auf der Festplatte des jeweiligen PCs oder Laptops (vgl. Immaterialgüterrecht Aktuell 4/2018).

(Zur fehlenden Aufklärungspflicht bei unbegründeter Abmahnung, vgl. AG Charlottenburg, Urteil v. 22.09.2017, Az. 206 C 236/17, Wettbewerbsrecht Aktuell 3/2018.) (lk)

* * *

Irreführung durch Unterlassen; wesentliche Informationen – Hinweis auf Provisionsvereinbarungen nur in AGB nicht ausreichend

LG Berlin, Urteil v. 09.11.2017, Az. 52 O 15/17, nicht rechtskräftig, WRP 2018, 373 – §§ 3 Abs. 1, 5a Abs. 2, 8 Abs. 1, Abs. 3 UWG

Redaktioneller Leitsatz:

Bei einem Preisvergleichsportal für augenärztliche Leistungen muss darauf hingewiesen werden, dass nur die Ärzte dort aufgeführt sind, die mit dem Betreiber des Portals eine Provisionsvereinbarung abgeschlossen haben.

Die Beklagte betreibt ein Portal mit der Bezeichnung „Augenlaser-Vergleichsportal“, auf welchem Nutzer „Ärzte finden“ konnten. Die Ärzte wurden i. R. v. Profilen vorgestellt, welche nach Beliebtheit sortiert waren und Nutzer-Bewertungen aufwiesen, anhand derer den Ärzten eine Gesamtnote gegeben wurde. Die Veröffentlichung eines Profils war für Ärzte kostenpflichtig, was auf der Webseite jedoch nicht erkennbar war. Dafür schloss die Beklagte mit den Ärzten sog. Kooperationsvereinbarungen ab, bei welchen es sich u. a. um Aufträge zur Erbringung von Marketingdienstleistungen handelte. Die Unterlassungsklage der Wettbewerbszentrale vor dem LG Berlin hatte Erfolg.

Das Landgericht war der Ansicht, dass der Wettbewerbszentrale gegen die Beklagte ein Unterlassungsanspruch gemäß §§ 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2, 3 Abs. 1, 5a Abs. 2 UWG zustehe. Der Umstand, dass die Beklagte Provisionsvereinbarungen mit den auf ihrer Seite dargestellten Ärzten getroffen habe und auch nur solche Ärzte auf ihrer Webseite berücksichtigt würden, stelle eine wesentliche Information i. S. d. § 5a Abs. 2 UWG dar, welche die Beklagte den betreffenden Verbrauchern vorenthalten habe. Diese Information könne zwar den AGB des Vergleichsportals entnommen werden, jedoch werde sich der Verbraucher, der das Vergleichsportal der Beklagten als solches nutzen wolle, i. d. R. nicht mit den AGB der Beklagten auseinandersetzen. Aus dem Inhalt der Webseite werde an keiner Stelle deutlich, dass nur Ärzte berücksichtigt würden, die mit der Beklagten eine Provisionsvereinbarung geschlossen hätten. Diese Information sei auch wesentlich. Auch wenn der Verbraucher im Allgemeinen davon ausgehe, dass Vergleichsportale sich auf irgendeine Weise finanzieren, sei er doch gerade bei einem Vergleichsportal von dem er eine in gewisser Weise objektive Information erwarte daran interessiert zu erfahren, dass es Provisionsvereinbarungen gebe. Die Tatsache von Provisionszahlungen könne Einfluss auf Inhalt und Neutralität der Bewertung haben und es sei für den Nutzer wesentlich zu erfahren, dass die aufgelisteten Ärzte keinesfalls sämtliche Ärzte seien, die die fragliche Dienstleistung anbieten.

(Mit der Hinweispflicht von Preisvergleichsportalen bei Provisionsvereinbarungen beschäftigte sich schon der BGH, vgl. Urteil v. 27.04.2017, Az. I ZR 55/16 - Bestattungspreisvergleich, Wettbewerbsrecht Aktuell 12/2017.) (ck/lk)

* * *

Markenrecht; herkunftshinweisende Funktion – Unzulässige AdWords-Anzeige mit einer Marke, die zu einer Ergebnisliste führt, auf der auch andere Marken angeboten werden

OLG München, Urteil v. 11.01.2018, Az. 29 U 486/17, GRUR-Prax 2018, 151 (red. Bearb. Altmann) – § 14 MarkenG

Redaktionelle Leitsätze:

1. Wird in einer AdWords-Anzeige für Gepäcktaschen als einziger Markenname ORTLIEB angegeben und führt der in der Anzeige enthaltene Link zu einer Liste mit Angeboten für Gepäcktaschen, die auch Produkte von Wettbewerbern und solche, die nicht der Zustimmung der Markeninhaberin in den Verkehr gebracht wurden, enthält, so liegt darin eine Markenverletzung.
2. Ein Kunde erwartet bei einer solchen Anzeige ein Produkt des Markeninhabers und nicht solche von Drittanbietern. Dadurch wird die herkunftshinweisende Funktion der Marke beeinträchtigt.

(Vgl. Immaterialgüterrecht Aktuell 4/2018; zur Irreführung durch Aufnahme einer Marke in die Subdomain einer Google-Anzeige OLG Frankfurt a. M., Urteil v. 02.02.2017, Az. 6 U 209/16, Wettbewerbsrecht Aktuell 5/2017; eine Google-AdWords-Anzeige muss auf beworbenes Produkt verlinken vgl. OLG Hamburg, Urteil v. 25.02.2016, Az. 3 U 153/15, Wettbewerbsrecht Aktuell 12/2016.) (cb)

* * *

Reiserecht; Sterneklassifizierung – Ferienhofbetreiber haftet für irreführende 3-Sterne-Werbung auf Internet-Buchungsportal

LG Münster, Urteil v. 15.12.2017, Az. 022 O 56/17, WRP 2018, 383 (Ls.) – §§ 3 Abs. 1, Abs. 3 i. V. m. Anhang Nr. 2, 5 Abs. 1, 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 UWG

Redaktioneller Leitsatz:

Die Werbung eines Beherbergungsbetriebs i. R. e. Internet-Portals mit einer Sterne-Kennzeichnung ist unzulässig, sofern dem keine aktuell gültige Zertifizierung nach Maßgabe der Deutschen Hotelklassifizierung zugrunde liegt.

Der Beklagte betreibt einen Ferienhof, bei welchem er für einzelne Zimmer und Wohnungen über eine 3-Sterne-Klassifizierung verfügte, aber keine 3-Sterne-Klassifizierung der DEHOGA für den Gesamtbetrieb bestand. Dennoch wurde der Ferienhof des Beklagten auf dem Internet-Buchungsportal „www.muensterland.de“ als Gesamtbetrieb mit 3-Sternen beworben. Die Unterlassungsklage der Wettbewerbszentrale war erfolgreich.

Das LG Münster war der Auffassung, dass der Wettbewerbszentrale gegenüber dem Beklagten ein Unterlassungsanspruch gemäß §§ 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2, 3 Abs. 1, Abs. 3 i. V. m. Anh. Nr. 2, 5 Abs. 1 UWG zustehe. Der Beklagte hafte für die irreführende Werbung als Täter, da das Verhalten des Beklagten im vorliegenden Fall auch dann adäquat kausal für die eingetretene Irreführung gewesen sei, wenn er die 3-Sterne-Werbung nicht selbst durch entsprechende Angaben gegenüber dem Betreiber des Buchungsportals veranlasst habe. Es liege keinesfalls außerhalb der Lebenserfahrung, dass es zur Einstellung unzutreffender Sterneklassifizierungen komme. Die Zurechnung der Gefahr, in dieser Konstellation für falsche Angaben Dritter zu haften, stelle auch keine völ-

lig unvorhersehbare Rechtsfolge dar, weil sie gleichsam die Kehrseite der von den Unterkunftsbetreibern in Anspruch genommenen Vorteile einer internetbasierten, allgemein zugänglichen und eine weitgehende Transparenz vermittelnden Buchungsplattform darstelle.

(Zur Pflicht zur Recherche und Löschung der Werbung bei Portalbetreibern, vgl. LG Berlin, Urteil v. 17.10.2017, Az. 15 O 129/17, Wettbewerbsrecht Aktuell 2/2018.) (lk/hfs)

* * *

Störerhaftung; Allgemeines Persönlichkeitsrecht – Prüfpflichten des Hostproviders bei 1-Sterne-Bewertung

LG Hamburg, Urteil v. 12.01.2018, Az. 324 O 63/17, IPRB 2018, 57 (red. Bearb. Rosenbaum) – §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog; Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG

Redaktioneller Leitsatz:

Den Hostprovider treffen ab Kenntniserlangung von einer Rechtsverletzung Prüfpflichten dahingehend, ob die Beanstandungen berechtigt sind. Dazu hat er den Sachverhalt weiter zu ermitteln und anschließend zwischen dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Betroffenen und dem Recht des Providers auf Meinungs- und Medienfreiheit abzuwägen.

Die Beklagte betreibt u. a. eine Suchmaschine und bietet darüber hinaus für Nutzer ihres Dienstes „G. Plus“ die Möglichkeit an, Bewertungen über Unternehmen zu verfassen, und zwar sowohl in Form von Sternebewertungen als auch als Freitextbewertung, die auf der Webseite der Beklagten ohne weitere Kontrolle veröffentlicht werden. Das Gasthaus des Klägers wurde von einer Nutzerin mit einem Stern bewertet. Zu dem Gasthaus waren zu diesem Zeitpunkt 34 Bewertungen einzusehen, die zu einer Durchschnittsbewertung von 4,0 Sternen führten. Die Klage gegen die Verbreitung dieser 1-Sterne-Bewertung bzgl. des Unternehmens des Klägers war erfolgreich.

Das LG Hamburg war der Ansicht, dass dem Kläger ein Unterlassungsanspruch wegen der Verletzung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts gemäß §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog i. V. m. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG zustehe. Die Beklagte sei als mittelbare Störerin im Hinblick auf die streitgegenständliche Bewertung und die durch ihre Verbreitung gegebene Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Klägers verantwortlich. Sie könne als Störerin in Anspruch genommen werden, da sie als Hostprovider die technischen Möglichkeiten des Internetdienstes zur Verfügung gestellt habe. Durch die Verbreitung der Bewertungen Dritter auf ihrer Webseite trage sie willentlich und adäquat-kausal zur möglichen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Beurteilten bei. Zudem habe die Beklagte die sie als Störerin treffenden Prüfpflichten verletzt. Sobald sie Kenntnis von der Rechtsverletzung erlangt habe, sei sie dafür verantwortlich gewesen, den Sachverhalt weiter zu ermitteln und eine Abwägung zwischen dem Recht des Betroffenen auf Schutz seiner Persönlichkeit und dem Recht des Providers auf Meinungs- und Medienfreiheit vorzunehmen. Dazu sei die Beklagte hier verpflichtet gewesen, ernsthaft zu versuchen, sich die notwendige Tatsachengrundlage zu verschaffen, um die Berechtigung der Beanstandung des Klägers klären zu können. Dazu hätte sie die Bewerterin anschreiben müssen, um so aufzuklä-

ren, worauf diese ihre Bewertung in tatsächlicher Hinsicht stütze. Diese Angabe hätte die Beklagte dann einer rechtlichen Prüfung dahingehend unterziehen müssen, ob die Beanstandung des Klägers berechtigt seien. Diese Prüfungspflicht sei der Beklagten auch zumutbar gewesen (vgl. Immaterialgüterrecht Aktuell 4/2018).

(Mit den Pflichten des Betreibers eines Online-Bewertungsportals im Hinblick auf Rechtsverletzungen beschäftigte sich schon der BGH, vgl. Urteil v. 01.03.2016, Az. VI ZR 34/15, Wettbewerbsrecht Aktuell 5/2016.) (Ik)

* * *

Störerhaftung; Schmähkritik – Keine Haftung des Internetportalbetreibers ohne willentliche Verletzung des Persönlichkeitsrechts

OLG Frankfurt a. M., Urteil v. 21.12.2017, Az. 16 U 72/17, WRP 2018, 357 – §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 BGB; Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG

Amtlicher Leitsatz:

Zu den Anforderungen an eine Rüge, die an den Betreiber eines Internetforums gerichtet ist, damit diesen eine Prüfpflicht trifft, ob eine von einem Dritten eingestellte Äußerung Rechte des Rügenden verletzt

Der Beklagte, ein Verein dessen Zweck der Verbraucherschutz und der Schutz vor Spam ist, veröffentlichte in seinem Internetportal zwei Texte von einem User, die negativ über die Klägerin und zwei weitere, mit der Klägerin verbundenen, GmbH's berichtete. Der User stellte die Texte in einem Forum für „Erfahrungsaustausch“ und „Aufklärungsarbeit“ auf der Internetseite der Beklagten ein. Das LG Frankfurt a. M. wies die Unterlassungsklage ab, da nach dessen Ansicht die Klägerin nicht schlüssig dargelegt habe, durch welche Äußerungen sie sich in ihren Rechten verletzt sehe und welche Tatsachenbehauptungen inwiefern unwahr seien (LG Frankfurt a. M., Urteil v. 23.03.2017, Az. 2-03 O 304/16). Die Berufung der Klägerin gegen dieses Urteil hatte keinen Erfolg.

Das OLG Frankfurt a. M. entschied, dass die Klägerin keinen Anspruch auf Unterlassung aus §§ 1004 Abs. 1 S. 2 analog, 823 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG, wie auch auf bloße Löschung der Texte aus §§ 1004 Abs. 1 S. 1 analog, 823 Abs. 1 BGB habe. Die Veröffentlichung von Äußerungen Dritter in einem Forum, dass der Beklagte auf seiner Internetseite nur zur Verfügung stelle, könnten diesem nicht als Störer i. S. v. § 1004 Abs. 1 BGB zugerechnet werden. Der Beklagte sei weder unmittelbarer Störer, da er sich die Äußerungen des Dritten nicht zu eigen gemacht habe, noch mittelbarer Störer. Der Beklagte wirke zwar objektiv an der möglichen Persönlichkeitsrechtsverletzung durch den Verfasser mit, indem er das Forum auf seiner Internetseite zur Verfügung stelle, es fehle jedoch an einer willentlichen Verletzung des Persönlichkeitsrechts durch den Beklagten, da diesem die geschilderten Tatsachen nicht selbst bekannt seien. Zwar sei auch der Betreiber eines Internetportals mittelbarer Störer, wenn er später positive Kenntnis von einer Rechtsgutsverletzung durch einen von einem Dritten eingestellten Inhalt erlange, eine solche könne dem Beklagten hier jedoch nicht ohne weiteres unterstellt werden. Lediglich in Bezug auf eine sich aus dem Text selbst ergebende Beleidigung oder Schmähkritik sei es denkbar, dass sie dem Betreiber eines Portals ab dem Zeitpunkt bekannt sei, an dem er auf sie hingewiesen werde. Je-

doch liege eine solche hier nicht vor, da es sich bei der Äußerung „Ich halte die D für absolut unseriös“ um eine durch Tatsachen erläuterte Beurteilung der Geschäftsmethoden eines Unternehmens handle und diese keineswegs als Schmähkritik einzuordnen sei. Auch sei das vorgerichtliche Schreiben der Klägerin nicht geeignet gewesen, eine Prüfpflicht des Beklagten auszulösen und die Klägerin könne sich nicht auf ein sog. „Recht zum Vergessen“ berufen (vgl. Immaterialgüterrecht Aktuell 4/2018).

(Zur Zulässigkeit eines Boykottaufrufs auf einer Internetplattform, vgl. OLG Frankfurt a. M., Urteil v. 10.08.2017, Az. 16 U 255/16, Wettbewerbsrecht Aktuell 1/2018.) (Ik)

* * *

Vertragsstrafe; Sterneklassifizierung – Unterlassungsverpflichtung umfasst auch die Überprüfung von Verstößen durch Dritte

LG Stuttgart, Urteil v. 07.12.2017, Az. 11 O 92/17, WRP 2018, 378 – §§ 130 Abs. 1 S. 1, 150 Abs. 2, 311 Abs. 1, 339 BGB

Redaktionelle Leitsätze:

1. Der Schuldner aus einer Unterlassungserklärung muss gängige Portale daraufhin überprüfen, ob dort in unzulässiger Weise mit Hotelsternen geworben wird. Dies gilt auch für von ihm nicht in Auftrag gegebene „Google My Business-Anzeigen“.
2. Bei der Verletzung der Unterlassungserklärung ist ein Betrag von 4.000 € pro Verletzungsfall angemessen.

Der Beklagte, ein Betreiber mehrerer Hotels in Stuttgart, bewarb eines dieser Hotels in seinem Internetauftritt als 3-Sterne-Hotel, obwohl dieses nicht über eine aktuell gültige 3-Sterne-Zertifizierung nach Maßgabe der deutschen Hotelklassifizierung verfügte. Auf eine Abmahnung der Wettbewerbszentrale gab der Beklagte im September 2016 eine strafbewehrte Unterlassungserklärung ab, welche sich durch sein Hinwirken auch auf zwei weitere Hotels erstreckte, die der Beklagte ebenfalls als 3-Sterne-Hotels auf der Homepage beworben hatte ohne dass sie über eine solche Zertifizierung verfügten. Dennoch waren im November 2016 über die Internetsuchmaschine Google separate „Google My Business-Anzeigen“ zu den drei Hotels abrufbar, die das jeweilige Hotel als 3-Sterne-Hotel auswiesen. Die Klage der Wettbewerbszentrale auf Zahlung einer Vertragsstrafe wegen dreimaliger Zuwiderhandlung hatte vor dem LG Stuttgart Erfolg.

Das Gericht führte aus, dass der Wettbewerbszentrale gegen den Beklagten ein Anspruch gemäß § 311 Abs. 1 BGB i. V. m. der strafbewehrten Unterlassungserklärung zustehe. Zwischen den Parteien sei ein Unterlassungsvertrag zustande gekommen, der die entsprechende strafbewehrte Unterlassungserklärung zum Inhalt habe. Die Wettbewerbszentrale habe mit dem Abmahnschreiben ein Angebot auf Abschluss eines Unterlassungsvertrags abgegeben. Dieses habe der Beklagte aufgrund der von ihm gewünschten Modifikationen nicht angenommen, sondern gemäß § 150 Abs. 2 BGB einen neuen Antrag auf Abschluss eines Unterlassungsvertrages abgegeben, welchen die Wettbewerbszentrale auch angenommen habe. Diese Annahmeerklärung sei dem Beklagten durch das Mahnschreiben der Wettbewerbszentrale konkludent i. S. d. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB zugegangen. Der Be-

klagte habe auch im Hinblick auf die drei streitgegenständlichen Hotels gegen die Unterlassungsverpflichtung jeweils schuldhaft verstoßen. Der Beklagte sei seiner Pflicht, i. R. d. ihm Möglichen und Zumutbaren auf die Beseitigung des Störungszustands hinzuwirken, nicht in ausreichendem Maße nachgekommen. Die Verpflichtung zur Unterlassung einer Handlung, durch welche ein fortdauernder Störungszustand geschaffen wurde, umfasse auch die Vornahme möglicher und zumutbarer Maßnahmen zur Beseitigung des Störungszustands. Demnach umfasse die Unterlassungsverpflichtung auch die Pflicht des Beklagten, auf die Beseitigung der von ihm adäquat mit verursachten Verstöße Dritter hinzuwirken. Er sei gehalten, auf Dritte, deren Handeln ihm wirtschaftlich zugutekomme, einzuwirken, wenn er mit einem Verstoß ernstlich rechnen müsse und er zudem rechtliche und tatsächliche Einwirkungsmöglichkeiten auf das Verhalten der Dritten habe. Die Höhe der Vertragsstrafe sei auch angemessen.

(Zum Eindruck einer Sterneklassifizierung durch Sonnen im Hotellogo, vgl. LG Dessau-Roßlau, Urteil v. 24.11.2017, Az. 3 O 32/17, Wettbewerbsrecht Aktuell 3/2018.) (pbg/lk/hfs)

* * *

Weitere Urteile

- Filesharing; Urheberrecht – LG München I, Urteil v. 20.04.2017, Az. 7 O 14719/12, nicht rechtskräftig: Betreiber eines WLAN ist Störer, wenn er seinen WLAN-Anschluss nicht ausreichend sichert, ZUM-RD 2018, 180

- Haftung Suchmaschinenbetreiber; mittelbarer Störer – OLG Köln, Urteil v. 19.10.2017, Az. 15 U 33/17: Juristische Person kann sich nicht auf Recht auf Vergessenwerden berufen, ITRB 2018, 56

- Prozessrecht/Verfahrensrecht; E-Mail-Werbung – KG Berlin, Beschluss v. 11.01.2018, Az. 5 W 6/18: Verbotsantrag „Werbeschreiben per E-Mail zu senden“ zu unbestimmt, WRP 2018, 350 = K&R 2018, 190

- Vergabeverfahren; Heilung eines Mangels – OLG Karlsruhe, Beschluss v. 17.03.2017, Az. 15 Verg 2/17: Elektronische Angebote sind zu verschlüsseln, CR 2018, 157 (Ls.)

B. LITERATUR

I. ALLGEMEINES WETTBEWERBSRECHT

Prozessrecht/Verfahrensrecht; Beseitigungsanspruch – Petersenn, Morten; Graber, Nils: Rückrufpflicht des Unterlassungsschuldners: Neue Rahmenbedingungen nach BGH-Urteil

GRUR-Prax 2018, 139-142

In diesem Beitrag gehen die Autoren auf die neuste Entscheidung des BGH zum Rückruf von ausgelieferten Produkten ein, nachdem es dem Unterlassungsschuldner untersagt worden ist, ein Produkt zu vertreiben oder für ein Produkt zu werben (BGH, Beschluss v. 11.10.2017, Az. I ZB 96/16, Wettbewerbsrecht Aktuell 4/2018 - „Produkte zur Wundversorgung“ bzw. „Quarantäne-Buchung“). Zunächst fassen sie nochmals die vier wesentlichen Punkte des BGH zur Rückruf-Verpflichtung des Unterlassungsschuldners nach den bisher ergangenen Entscheidungen zusammen („Hot Sox“, Urteil v. 19.11.2015, Az. I ZR 109/14, Wettbewerbsrecht Aktuell 6/2016; „Rückruf von RESCUE-Produkten“, Beschluss v. 29.09.2016, Az. I ZB 34/15, Wettbewerbsrecht Aktuell 2/2017;

„Luftentfeuchter“, Urteil v. 04.05.2017, Az. I ZR 208/15, Wettbewerbsrecht Aktuell 8/2017). Zum Beispiel habe der Unterlassungsschuldner durch einen Rückruf der Produkte dafür zu sorgen, dass bereits ausgelieferte Produkte von seinen gewerblichen Abnehmern nicht weiter vertrieben werden. Dabei werde die Rückrufpflicht durch die Möglichkeit und Zumutbarkeit begrenzt. In der neusten Entscheidung gehe der BGH sehr ausführlich auf alle bisher geäußerten Kritikpunkte zu seiner bisherigen Rechtsprechung ein. In der Praxis von Interesse seien bei dieser Entscheidung aber vor allem die Ausführungen zur Unzumutbarkeit des Rückrufs und zur konkret geschuldeten Handlung sowie der Umfang der Unterlassungspflicht im Verfügungsverfahren. Unzumutbar seien Rückrufmaßnahmen, wenn sie dem Schuldner gegenüber seinen Abnehmern in unverhältnismäßiger Weise zum Nachteil gereichen. Bestehe die Rückrufpflicht, so müsse der Schuldner ernsthaft und nachdrücklich versuchen die Produkte zurück zu verlangen, einen Erfolg des Rückrufs schulde der Schuldner aber nicht. In Bezug auf das Verfügungsverfahren führe der BGH aus, dass die Besonderheiten des Verfahrens gegen eine Ableitung der Rückrufpflicht aus einer Unterlassungsverfügung sprächen. In diesem Fall sei eine Mitteilung an die Abnehmer geschuldet, die Ware vorläufig nicht weiter zu vertreiben. Anders sei dies nur, wenn die engen Voraussetzungen einer Leistungsverfügung vorlägen.

(Zur Rückrufpflicht vgl. Voit, Wettbewerbsrecht Aktuell 2/2017; Dissmann Wettbewerbsrecht Aktuell 11/2017.) (cb)

* * *

Rechtsbruch/Marktverhalten; Arzneimittelwerbung – Laoutoumai, Sebastian: Gewinnspiele im Heilmittelwerberecht

WRP 2018, 283-286

Laoutoumai befasst sich in diesem Beitrag mit den wettbewerbsrechtlichen Anforderungen an die Veranstaltung eines Gewinnspiels und den besonderen Vorgaben, die sich aus dem Heilmittelwerberecht für das veranstaltende Unternehmen ergeben. In den Anwendungsbereich des HWG sei nur die produktbezogene Werbung einbezogen, aber nicht die allgemeine Firmenwerbung, durch die ohne Bezugnahme auf bestimmte Produkte für Ansehen und Leistungsfähigkeit des Unternehmens allgemein geworben werde. Zur Abgrenzung komme es maßgeblich darauf an, ob nach dem Gesamterscheinungsbild der Werbung die Darstellung des Unternehmens oder die Anpreisung bestimmter Produkte im Vordergrund stehe. Hinsichtlich eines Gewinnspiels bedeute dies, dass ein Produktbezug dann gegeben sei, wenn der ausgelobte Gewinn in einem Produkt oder einer Leistung gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 HWG bestehe, welche aus dem Sortiment des Veranstalters stammen. Für Gewinnspiele enthalte § 11 Abs. 1 Nr. 13 HWG einen eigenen Verbotstatbestand. Danach sei ein Gewinnspiel unzulässig, wenn es sich an Verbraucher und nicht an Fachkreise richte, und insoweit, als das Gewinnspiel einer unzweckmäßigen oder übermäßigen Verwendung von Arzneimitteln Vorschub leiste. Bei einem Gewinnspiel das sich an Fachkreise richte sei zusätzlich zu prüfen, ob das betreffende Gewinnspiel gegen eine andere im Heilmittelwerbegesetz enthaltene Reglementierung des Werbeverhaltens verstoße. Dies könne insbesondere ein Verstoß gegen die Regelungen aus § 7 HWG sein. Ob sich eine Werbung denn auch an Fachkreise richte, sei unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zu ermitteln. So könne

bei der Veranstaltung eines Gewinnspiels in einem öffentlichen Bereich einer Internetseite nicht davon ausgegangen werden, dass sich das Gewinnspiel nur an Personen innerhalb der Fachkreise richte, da es in dieser Konstellation für den Veranstalter kaum möglich sei, den Zugang zu dem Gewinnspiel durch Personen außerhalb der Fachkreise effektiv zu kontrollieren. Hinsichtlich des Merkmals „sofern diese Maßnahmen oder Verfahren einer unzweckmäßigen oder übermäßigen Verwendung von Arzneimitteln Vorschub leisten“ finde § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 13 HWG auch auf Verfahren, Behandlungen, Gegenstände oder andere Mittel über den Wortlaut hinaus entsprechende Anwendung. Dabei, dass die Regelung in Nr. 13 nur Arzneimittel aufzähle, handle es sich nach Ansicht des Autors um ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers. Die Voraussetzungen dieser Einschränkung lägen nach einer Entscheidung des OLG Düsseldorf jedoch nur vor, wenn unterstellt werden könne, dass eine überwiegende Anzahl durch das streitgegenständliche Gewinnspiel angelockter Besteller von in unmittelbarer Nähe des Gewinnspiels beworbenen Arzneimitteln diese auch dann verwenden, wenn eine Anwendung medizinisch nicht indiziert sei oder in einer Menge verwenden, die sie ansonsten nicht verwendet hätten (Urteil v. 15.01.2013, Az. I-20 U 93/12, Wettbewerbsrecht Aktuell 5/2013). Ein Verstoß gegen § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 13 HWG stelle eine Ordnungswidrigkeit dar, welche mit einem Bußgeld geahndet werden könne. Dies gelte wegen des Wortlauts allerdings nur, soweit sich das Gewinnspiel auf Arzneimittel beziehe. Soweit Verfahren, Behandlungen, Gegenstände oder andere Mittel beworben würden, sei eine Verhängung eines Bußgeldes bei einem Verstoß wegen des Analogieverbotes ausgeschlossen. Finde § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 13 HWG auf das konkrete Gewinnspiel keine Anwendung, bleibe weiterhin Raum für die Anwendung von § 7 HWG.

(Mit Arzneimittelwerbung im Bereich Social Media beschäftigt sich Weidner, vgl. Wettbewerbsrecht Aktuell 7/2014.) (lk)

* * *

UWG; Rechtentwicklung – Sosnitzka, Olaf: Lauterkeitsrecht gestern, heute und morgen

GRUR 2018, 255-262

Aus Anlass des 80-jährigen Geburtstags von Volker Emmerich wirft Sosnitzka einen Blick auf die letzten 20 Jahre des deutschen Lauterkeitsrechts. Fast 100 Jahre habe das UWG keine gravierenden Änderungen erfahren, bevor es in den Jahren 2004, 2008 und 2015 zu drei tiefgehenden, zum Teil strukturellen Reformen gekommen wäre. Die strengen Regeln des UWG hätten sich dabei erst zum Ende des 20. Jahrhunderts durch eine bis heute andauernde Phase der Liberalisierung verändert. In Gang gekommen sei diese Entwicklung durch das Unionsrecht. Der Autor erinnert sich dann an einzelne Normen von früher und geht kurz auf ihre Liberalisierung ein. Er startet mit den 1986 eingeführten und 1994 abgeschafften §§ 6d (Werbung mit mengenmäßigen Beschränkungen) und 6e (Werbung mit Preissenkungen) und der vergleichenden Werbung, die seit dem Jahr 2000 unter bestimmten Voraussetzungen möglich ist. Auch die abgeschaffte ZugabeVO und das gestrichene RabattG sind kurz Thema wie auch das Sonderveranstaltungsrecht und die Hersteller- und Großhändlerwerbung nach § 6a UWG a. F. sowie der Kaufscheinhandel nach § 6b UWG a. F. Es folgen aufgegebene Fallgruppen in der Rechtsprechung wie z. B. der Schutz von Modeneinheiten. Am Ende geht der Autor auf in seinen

Augen noch verbliebene Problemfelder ein, die einer Anpassung bedürften wie der psychologische Kaufzwang, selektive Vertriebsysteme, das Verleiten zum Vertragsbruch und die allgemeine Marktstörung. Im Ergebnis habe sich im Lauterkeitsrecht in den letzten 20 Jahren viel bewegt. An dieser Entwicklung habe Volker Emmerich mit seinen zahlreichen Beiträgen einen nicht zu unterschätzenden Anteil.

(Zur Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Lauterkeitsrecht seit Ende 2016 vgl. Büscher, Wettbewerbsrecht Aktuell 3/2018 (cb))

* * *

Weitere Publikationen

- Altersverifikation; Film-/Spielbildträger – Liesching, Marc: Verfassungskonformer Jugendschutz nach der Medienkonvergenz – Anforderungen an ein differenziertes Regelungssystem, MMR 2018, 141-144
- Arbeitsrecht; personenbezogene Daten – Schrey, Joachim; Kielkowski, Jacek: Die datenschutzrechtliche Betriebsvereinbarung in DS-GVO und BDSG 2018 – Viel Lärm um nichts?, BB 2018, 629-635
- Arzneimittelrecht; EU – Doepner, Ulf: Der europäische Arzneimittelbegriff in der Rechtsprechung des EuGH – kritische Anmerkungen zu einigen Grundsatzentscheidungen –, PharmR 2018, 116-124
- Datenschutz; personenbezogene Daten – Golz, Robert; Gössling, Patrick: DS-GVO und Recht am Bildnis, IPRB 2018, 68-72
- Datenschutz; personenbezogene Daten; Werbung; Rechtentwicklung – Schwenke, Thomas: Zulässigkeit der Nutzung von Smartcams und biometrischen Daten nach der DS-GVO, NJW 2018, 823-828
- DS-GVO; personenbezogene Daten – Bommel, Robert; Meyer, Sebastian: Datenschutz im Franchising, ZVertriebsR 2018, 83-87
- Wettbewerbsverstoß; Auftragshaftung – Werner, Rüdiger: Die wettbewerbsrechtliche Konzernhaftung, WRP 2018, 286-291

II. INTERNATIONALES WETTBEWERBSRECHT

Kartellrecht; Plattformverbot – Lubberger, Andreas: Wo steht der Selektivvertrieb?

ZWeR 2018, 57-85

Dieser Beitrag diskutiert den rechtlichen Rahmen des Selektivvertriebs. Bei diesem handle es sich in wirtschaftlicher Hinsicht um ein Vertriebsmodell, das in weiterem Sinne für Konsumgüter und in engerem Sinne für Markenartikel genutzt werde. Der Hersteller könne mit dem Selektivvertrieb grundsätzlich zwei Zwecke verfolgen, zum einen die Steuerung der Markenkommunikation über den Handel bis hin zum Letztverbraucher und zum anderen die Nutzung des Preisdämpfungseffekts des Selektivvertriebs als einzig legales Mittel der Preiskontrolle. Nach Lubberger seien selektive Vertriebsbindungssysteme allein wegen ihres Kartellrechtsbezugs problematisch, und zwar seit das deutsche an das europäische Kartellrecht angebunden worden sei. Seitdem gehe es um die Befreiung des Selektivvertriebs vom Kartellverbot, für die mehrere völlig unterschiedliche Begründungsansätze in Betracht kämen. Diesen widmet sich der Autor dann anschließend. Diesbezüglich ständen vor allen Dingen die „Metro-Kriterien“ des EuGH im Vordergrund, welche ohne das Urteil in der Rechtssache „Grundig/Consten“ nicht vorstellbar seien (Urteil v. 13.07.1966, Rs. 56/64). Aber auch wettbewerbstheoretisch ließen sich drei Begründungsansätze für

den Selektivvertrieb unterscheiden, nämlich die Effizienzsteigerung, die Abwägung im Verhältnis Interbrand zu Intrabrand Competition und die Abwägung unter verschiedenen Wettbewerbsparametern, deren Wertungen sich dem Kartellverbot gegenüberstellen lassen würden. Abschließend geht Lubberger noch auf den Onlinehandel als zweites großes Problem ein. Unter anderem seien Plattformverbote nach der „Coty“-Entscheidung des EuGH und dem zentralen Argument, dass Plattformen sich der notwendigen vertraglichen Kontrolle des Vertriebsbinders entziehen würden, für sämtliche markengestützten selektiven Vertriebssysteme als kartellrechtkonform anzusehen (Urteil v. 06.12.2017, Rs. C-230/16 - Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH, Wettbewerbsrecht Aktuell 1/2018).

(Mit dem Selektivvertrieb befasst sich auch Siegert, vgl. Wettbewerbsrecht Aktuell 2/2018.) (Ik)

Kartellrecht; Selektives Vertriebssystem – Lettl, Tobias: Art. 101 Abs. 1 AEUV (sowie § 1 GWB) und Verkaufsverbote auf (digitalen) Plattformen

WuW 2018, 114-120

Der Autor arbeitet in diesem Beitrag, der zugleich eine Besprechung der „Coty“-Entscheidung des EuGH ist, Beurteilungskriterien heraus, nach denen beurteilt werden kann, ob eine Einschränkung beim Verkauf in einem selektiven Vertriebssystem sachlich gerechtfertigt ist (Urteil v. 06.12.2017, Rs. C-230/16 - Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH, Wettbewerbsrecht Aktuell 1/2018). Dazu geht Lettl zunächst auf die Entscheidungsgründe des EuGH ein. Nach seiner Auffassung sei die Kernaussage der Entscheidung die Feststellung, dass die Verfolgung des Ziels, „das Luxusimage und den Prestigewert einer Ware“ sicherzustellen, ein berechtigtes Interesse des Herstellers sein könne. Damit könne eine Wettbewerbsbeschränkung durch die Einrichtung eines selektiven Vertriebssystems für Luxuswaren gerechtfertigt sein. So habe der EuGH klargestellt, dass sich seine Entscheidung in der Sache „Pierre Fabre Dermo-Cosmétique“ lediglich auf ein pauschales Verbot des Internetverkaufs von Kosmetika und Körperpflegeprodukten beziehe (Urteil v. 13.10.2011, Rs. C-439/09, Wettbewerbsrecht Aktuell 12/2011). Anschließend stellt der Autor weitere Überlegungen zur Sicherstellung von „Luxusimage“ und „Prestigecharakter“ der Produkte an. Der EuGH definiere den Begriff der Luxusware nicht. Nach Lettl seien Luxusprodukte Gegenstände, die der Durchschnittsverbraucher zur gewöhnlichen Lebenshaltung nicht brauche. Insoweit sei zu klären, ob ein durchschnittlich informierter, angemessen aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher das fragile Produkt von einem anderen, durchschnittlichen Produkt dieser Kategorie unterscheiden könne. Dabei könnten sich jedoch Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben. Für die Eignung des Klauselinhalts zur Sicherung des Luxusimages des Produkts komme es nach Ansicht des Autors auf die Umstände des Einzelfalls an. Hierfür seien Fallgruppen zu bilden, ebenso wie für die entsprechende Erforderlichkeit des Klauselinhalts. Unter anderem sei hinsichtlich klauselbezogener Umstände fraglich, ob sich im Umkehrschluss dazu, dass der Klauselinhalt im elektronischen Handel zur ausschließlichen Bindung des Produkts an den Händler führe, eine Aussage für eine nicht erkennbare Einschaltung von nicht autorisierten Drittplattformen dahin ergebe, dass diese zulässig bleiben müssten. Dagegen spreche jedoch, dass bei einer nicht nach außen erkennbaren Einschaltung einer Drittplattform

keine Bindung des Produkts an den Händler gewährleistet wäre.

(Mit der „Coty“-Entscheidung des EuGH befassen sich auch Metzloff/Schaper, vgl. Wettbewerbsrecht Aktuell 2/2018 und Haus, vgl. Wettbewerbsrecht Aktuell 2/2018.) (Ik)

Kartellrecht; Selektives Vertriebssystem – Schröder, Peter J.: Pauschale Plattformverbote für Luxusprodukte als Einfallstor neuer Wettbewerbsbeschränkungen

WRP 2018, 272-278

In diesem Beitrag, der zugleich eine Anmerkung zum „Coty“-Urteil des EuGH darstellt, befasst sich Schröder u. a. mit den Hintergründen aus der Verwaltungspraxis, der nationalen Rechtsprechung und der Literatur zu dieser Entscheidung (Urteil v. 06.12.2017, Rs. C-230/16 - Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH, Wettbewerbsrecht Aktuell 1/2018). So bewerte die Europäische Kommission Plattformverbote weniger kritisch als das Bundeskartellamt. Auch pauschale Plattformverbote würden die effektive Nutzung des Internets als Verkaufskanal nicht einschränken und seien damit grundsätzlich nicht als Kernbeschränkung zu bewerten. Die nationale Rechtsprechung sei diesbezüglich nicht einheitlich, tendiere aber dazu, jedenfalls bei pauschalen Plattformverboten einen Verstoß gegen das geltende Kartellrecht anzunehmen. So habe u. a. das LG Frankfurt a. M. mit zwei Entscheidungen festgestellt, dass solche Regelungen eine Kernbeschränkung darstellen und damit unzulässig seien. In der Literatur sei die Zulässigkeit von Plattformverboten umstritten. Zum einen würden Plattformverbote mit der Begründung verteidigt, der Hersteller sei in der Ausgestaltung seines Vertriebssystems frei. Kritiker pauschaler Plattformverbote hingegen würden diese unter Berücksichtigung der Ausnahmen für selektive Vertriebssysteme als tatbestandsmäßige Wettbewerbsbeschränkungen bewerten. Anschließend nimmt der Autor zur Entscheidung des EuGH Stellung. Er ist der Auffassung, dass der EuGH in seiner „Coty“-Entscheidung zu einem völlig entgegengesetzten Ergebnis komme als in seiner „Pierre Fabre“-Entscheidung (Urteil v. 13.10.2011, Rs. C-439/09 - Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS/Président de l’Autorité de la concurrence, Ministre de l’Économie, de l’Industrie et de l’Emploi, Wettbewerbsrecht Aktuell 12/2011). Durch diese Kehrtwende setze der EuGH die Marktteilnehmer erheblichen Rechtsunsicherheiten aus, indem er mit dem „Luxusimage“ ein Kriterium zur Bewertung der Zulässigkeit selektiver Vertriebssysteme einführe, welches eine rein emotionale Dimension habe und weder der vom EuGH grundsätzlich geforderten Absicherung der objektiven Produktqualität noch des richtigen Gebrauchs der Ware diene. In diesem Zusammenhang sei nach Schröder insbesondere zu beachten, dass die „Aura“ eines Produkts individuell abweichend wahrgenommen und beurteilt werden könne, da die Wahrnehmung des einzelnen Verbrauchers auch davon abhängen, ob er zum Adressatenkreis der Werbemaßnahmen der Luxusgüterindustrie gehöre. Nach Ansicht des Autors folge der EuGH mit seiner Auffassung zur Rechtmäßigkeit pauschaler Plattformverbote der Wertung der Europäischen Kommission, erkenne gleichzeitig aber an, dass pauschale Plattformverbote auch in einem angemessenen Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen müssten und dies sei nur der Fall, wenn sie geeignet und erforderlich seien, um das Luxusimage der Waren si-

cherzustellen. Daran anknüpfend stellt sich Schröder dann die Frage, ob Plattformverbote das mildeste denkbare Mittel zur Zweckerreichung darstellen und kommt zu dem Ergebnis, dass der EuGH mit seiner Begründung der Erforderlichkeit pauschaler Plattformverbote nicht überzeuge. Er ignoriere die Potentiale der hochdynamischen digitalen Wirtschaft und unterstelle eine negative Wirkung der Plattformen auf das Luxusimage eines Produkts, welche aber auch in der Literatur mit guten Gründen in Frage gestellt würde. Insbesondere würde zu diesem Punkt vom EuGH verkannt, dass die Wirkung einer Plattform auf das Image eines Produkts stark von der konkreten Plattformgestaltung abhängt, auf die der Hersteller mit konkreten Vorgaben für die Plattformnutzung erfolgreich mittelbaren Einfluss nehmen könne. Abschließend fasst der Autor zusammen, dass die Entscheidung des EuGH zu neuen Rechtsunsicherheiten führe und auch argumentativ nicht überzeuge. Eine detaillierte Betrachtung der differenzierten Marktverhältnisse und eine vollständige Würdigung der mit konkreten Plattformverboten verbundenen Möglichkeiten zum Schutz des Luxusimages führe zu dem Ergebnis, dass pauschale Plattformverbote unverhältnismäßig und damit in selektiven Vertriebssystemen unzulässig seien, da mildere Mittel zur Zweckerreichung zur Verfügung stünden.

(Mit dem „Coty“-Urteil des EuGH beschäftigen sich auch Linsmeier/Haag, vgl. Wettbewerbsrecht Aktuell 3/2018.) (Ik)

* * *

Kartellrecht; Selektives Vertriebssystem – Kumkar, Lea Katharina: Zur Zulässigkeit pauschaler Plattformverbote im Internetvertrieb von Luxuswaren

ZWeR 2018, 119-140

Die Autorin befasst sich in diesem Beitrag mit dem EuGH-Urteil in der Rechtssache „Coty“ (Urteil v. 06.12.2017, Rs. C-230/16 - Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH, Wettbewerbsrecht Aktuell 1/2018). Hierzu analysiert und bewertet sie die Entscheidung des EuGH. Bis zur „Pierre Fabre“-Entscheidung des EuGH seien selektive Vertriebssysteme, die den Charakter als Luxusprodukt und damit eine spezifische Eigenschaft der betreffenden Ware schützten, nach allgemeiner Ansicht als legitim angesehen worden (Urteil v. 13.10.2011, Rs. C-439/09 - Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS/Président de l’Autorité de la concurrence, Ministre de l’Économie, de l’Industrie et de l’Emploi, Wettbewerbsrecht Aktuell 12/2011). Erst seit dieser Entscheidung sei die Legitimation des Prestigeimages als Rechtfertigungsgrund zur Einrichtung eines selektiven Vertriebssystems angezweifelt worden. Ein selektives Vertriebssystem falle danach nur dann nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV, wenn es die Auswahl der Wiederverkäufer an objektive Gesichtspunkte qualitativer Art knüpfe, diese Kriterien einheitlich und diskriminierungsfrei angewendet würden und sie sich i. R. d. Erforderlichen halten würden. In seiner „Coty“-Entscheidung führe der EuGH aus, dass das Plattformverbot für den Anbieter gewährleiste, dass seine Waren im elektronischen Handel ausschließlich an die autorisierten Händler gebunden seien. Dies stelle eine „in Anbetracht der Merkmale des selektiven Vertriebssystems schlüssige Beschränkung“ dar. Weiter begründe der EuGH die Geeignetheit des Plattformverbots damit, dass der Händler sich gegenüber dem Hersteller vertraglich zur Einhaltung der Qualitätsstandards verpflichtet habe, sodass der Hersteller bei Nichteinhal-

tung entsprechend gegen den Händler vorgehen könne. Auf die Plattform als Drittanbieter habe der Hersteller jedoch keinen Einfluss und könne daher von ihr auch nicht die Einhaltung der Qualitätsanforderungen verlangen. Nach Ansicht Kumkars sei dies jedoch auch überhaupt nicht erforderlich, da den Herstellern die Möglichkeit verbleibe, unmittelbar gegen die auf der Plattform agierenden Händler vorzugehen, weswegen von einem schlichtweg fehlenden Einfluss auf die Plattformen demnach nicht ohne Weiteres die Rede sein könne. Als letztes Argument greife der EuGH den Imageschutz auf. Plattformen würden einen „Verkaufskanal für Waren aller Art“ darstellen und das ihnen anhaftende negative Image könne auf die dort vertriebenen Produkte abstrahlen. Die Autorin zweifelt jedoch daran, ob dieses Argument für sich genommen einen pauschalen Ausschluss des Plattformvertriebs begründen könne. Abschließend widmet sich Kumkar den Grenzen des Vorlagegegenstands. Die besprochene Entscheidung habe nämlich nach zutreffender Lesart weder Einfluss auf die Zulässigkeit von Verboten der Nutzung von Preisvergleichsportalen noch auf die Zulässigkeit von Plattformverboten außerhalb des Luxussegments. So lasse sich u. a. in Bezug auf Preisvergleichsportale festhalten, dass diese nicht unter die nach „außen erkennbaren Plattformen“ i. S. d. „Coty“-Entscheidung fallen würden, sondern vielmehr als eine zielgruppenorientierte Werbemaßnahme anzusehen seien.

(Mit der „Coty“-Entscheidung des EuGH befassen sich auch Lettl, vgl. Wettbewerbsrecht Aktuell 4/2018 und Schröder, vgl. Wettbewerbsrecht Aktuell 4/2018.) (Ik)

* * *

Weitere Publikationen

- ePrivacy-Verordnung; Cookies – Härting, Niko; Gössling, Patrick: Study on the Impact of the Proposed Draft of the ePrivacy-Regulation, CRI 2018, 6-11
- Leistungswettbewerb; Binnenmarkt – Dettling, Heinz-Uwe: Recht auf Konkurrenzfähigkeit schlechterer Leistungen aus anderen Mitgliedstaaten?, EuZW 2018, 228-238
- Rechtsentwicklung; EU – Weitbrecht, Andreas; Mühle, Jan: Die Entwicklung des europäischen Kartellrechts 2017, EuZW 2018, 181-188 (m. Abb.)
- Rechtsentwicklung; Wettbewerbsrecht – Gielen, Beatris; Nguyen, Davy; Zschocke, Christian: Developments in National Competition Laws (October 1, 2017 - December 31, 2017), WuW 2018, 130-134

III. INTERNETRECHT

AdBlocker; AGB; Vertragsschluss – Kreutz, Oliver: Der Webseitennutzungsvertrag - Fiktion oder unbekanntes Rechtsgeschäft?

ZUM 2018, 162-168

Kreutz widmet sich in diesem Beitrag dem Problem der Webseitenbetreiber mit Werbeblockersoftware. Diese könnten den Einsatz solcher Software durch AGB untersagen. Damit diese jedoch rechtsverbindlich Geltung beanspruchen könnten, bedürfe es eines Vertragsschlusses mit dem Nutzer. Dementsprechend stellt sich der Autor die Frage nach dem Bestehen eines sog. Webseitennutzungsvertrages. Dafür untersucht er zunächst das Vorliegen eines konkludenten Vertragsschlusses durch den bloßen Besuch einer Webseite. Zwar könne eine Willenserklärung im Internet durch eine E-Mail oder auch einen Mausklick übermittelt werden, jedoch könne der bloße Besuch

einer Webseite unter Berücksichtigung von Treu und Glauben sowie der Verkehrssitte nicht als eine rechtsverbindliche Willenserklärung des Nutzers ausgelegt werden. Vielmehr handle es sich beim Surfen nur um einen Realakt des Nutzers, dem dieser erkennbar noch keine Rechtsfolgen zumessen wolle. Desweiteren könne ein vertragliches Verhältnis durch die Nutzung einer Webseite in Betracht kommen. Jedoch könne im Ergebnis dahinstehen, ob dies überhaupt eine rechtlich getrennt zu betrachtende Handlung darstelle, da es auch hier nicht zu einem Vertragsschluss komme. Nach verständiger Würdigung aller Umstände sei bei bloßer Nutzung der Inhalte nicht davon auszugehen, dass sich der Nutzer rechtlich binden wolle. Der Webseitenbetreiber habe noch die Möglichkeit, die Nutzung seiner Webseite von der Zustimmung zu den Nutzungsbedingungen abhängig zu machen. In der Praxis fände dies jedoch nicht statt, da ein derartiges Vorgehen viele Nutzer abschrecken würde und es als Folge zu einem Verlust von Nutzern und damit einhergehend auch von Werbeeinnahmen komme. Vielmehr komme zwischen Webseitenbetreiber und Nutzer ein Vertrag grundsätzlich nur durch die erstmalige Anmeldung nach einer Registrierung des Nutzers in Betracht. Anschließend untersucht Kreuzt, ob bei der Nutzung einer Webseite denn dann ein frei widerrufliches Gefälligkeitsverhältnis entstehe und ob sich daraus die Pflicht zur Beachtung der vom Webseitenbetreiber aufgestellten Nutzungsbedingungen ergeben könne oder ob etwa auch das Entstehen eines gesetzlichen Schuldverhältnisses gemäß § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB in Betracht komme. Da von einer bloßen Gestattung der Nutzung der Inhalte auszugehen sei, könne zumindest auch von einem Gefälligkeitsverhältnis ohne vertragliche Verpflichtung ausgegangen werden. Zudem könne die Inanspruchnahme von unentgeltlichen Leistungen im Internet unter „ähnliche geschäftliche Kontakte“ subsumiert werden. Jedoch sei davon auszugehen, dass in diesen Situationen grds. weder aufseiten der Nutzer noch aufseiten der Webseitenbetreiber ein erhöhtes Interesse an einer rechtlichen Verbindung bestehe. In allen Konstellationen, in denen der Nutzer zu Dispositionen veranlasst werde oder ein überwiegendes Eigeninteresse der Webseitenbetreiber bestehe, liege bereits ein vertragliches Verhältnis vor, sodass es keiner Herleitung eines gesetzlichen Schuldverhältnisses bedürfe. Abschließend kommt der Autor damit zu dem Fazit, dass es zwar möglich sei einen rechtsdogmatisch sauberen Vertragsschluss bei der Nutzung von frei zugänglichen und meist werbefinanzierten Webseiten herzuleiten, die grundsätzliche Möglichkeit der Einbindung von AGB jedoch noch nichts über deren rechtskonforme Einbeziehung und Wirksamkeit im Einzelfall aussage.

(Mit der Zulässigkeit von Werbeblockern beschäftigen sich auch Witte, vgl. Wettbewerbsrecht Aktuell 3/2018 und Schippel, vgl. Wettbewerbsrecht Aktuell 7/2017.) (lk)

* * *

Datenschutz; personenbezogene Daten – Lorenz, Bernd: Der Versand von E-Mails an falsche Empfänger

K&R 2018, 160-162

Der Beitrag befasst sich mit der Frage, ob der Absender einer E-Mail, die versehentlich an einen falschen Empfänger gesendet wurde, seine Haftung für solche Verstöße ausschließen kann und ob er gegen den unberechtigten Empfänger der E-Mail einen Löschungsanspruch hat. Zunächst befasst sich Lorenz mit dem Haftungsausschluss. Eine Haftung für die Preisgabe

der Informationen könne jedoch nicht durch einen Disclaimer, wonach ein unberechtigter Empfänger zur Verschwiegenheit und dazu verpflichtet sein solle, die E-Mail sofort zu löschen, ausgeschlossen werden. Ebenso könne durch einen solchen Disclaimer nicht eine vertragliche Verschwiegenheitspflicht des Empfängers begründet werden. Es handle sich dabei nur um eine einseitige Erklärung des Absenders, durch die keine Pflichten begründet werden könnten. Anschließend widmet sich der Autor dem Löschungsanspruch. Dabei geht er insbesondere auf das Fernmeldegeheimnis und das Datenschutzrecht ein. Schon aufgrund der Absenderangaben der E-Mail lägen regelmäßig personenbezogene Daten vor. Zudem gebe es keine Rechtsvorschrift, die es einem falschen Empfänger erlauben würde, personenbezogene Daten zu verarbeiten und der Absender habe auch nicht in die Datenverarbeitung eingewilligt. Damit liege in der Folge bei einem unberechtigten Empfänger eine unzulässige Datenverarbeitung vor und gegen diesen bestehe ein Löschungsanspruch gemäß §§ 20 Abs. 2 Nr. 1, 35 Abs. 2 Nr. 1 BDSG und § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB analog i. V. m. § 4 Abs. 1 BDSG. Wenn der Empfänger der E-Mail in den Anwendungsbereich der DSGVO falle, gelte für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung von personenbezogenen Daten zukünftig Art. 6 Abs. 1 DS-GVO. Danach sei schon eine E-Mail-Adresse ein personenbezogenes Datum. Ein berechtigtes Interesse an der Verarbeitung einer irrtümlich erhaltenen E-Mail bestehe regelmäßig nicht. Damit folge der Löschungsanspruch des Absenders der E-Mail dann aus Art. 17 Abs. 1 lit. d DS-GVO.

(Mit E-Mails und der Beweisführung im Prozess beschäftigt sich Sander, vgl. Wettbewerbsrecht Aktuell 6/2014.) (lk)

* * *

Datenschutz; personenbezogene Daten; Werbung; Rechtsentwicklung – Golland, Alexander: Das Kopplungsverbot in der Datenschutz-Grundverordnung - Anwendungsbereich, ökonomische Auswirkungen auf Web 2.0-Dienste und Lösungsvorschlag

MMR 2018, 130-136

Mit der neuen Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) sei eine Änderung in Bezug auf das Kopplungsverbot absehbar. Der neue Art. 7 Abs. 4 DS-GVO stelle klar, dass die Leistungserbringung nicht von der Einwilligungserteilung abhängig gemacht werden dürfe. Auch wenn das Kopplungsverbot kein datenschutzrechtliches Novum sei, würde es durch Art. 7 Abs. 4 DS-GVO nun in den Fokus rücken und seine Auswirkungen auf zukünftige Dienste im Internet seien mit Sicherheit spürbar. Es gelte unabhängig von der Marktstellung des Verantwortlichen. Ein „Verstecken“ der Einwilligung als Bestandteil der Leistungsbeschreibung entbinde nicht von den Anforderungen an die Einwilligung. Allerdings ergäben sich in der Praxis doch noch einige Probleme. Die Erforderlichkeit i. S. d. Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO stünde im engen Zusammenhang mit dem objektiv zu bestimmenden Leistungsgegenstand. Dabei sei die Verarbeitung von Grunddaten wie Name oder Abrechnungsdaten regelmäßig als vertragsnotwendig zu qualifizieren, im Gegensatz zu Werbung, die nach Ansicht des Autors nie zur Dienstleistungserbringung erforderlich sei. Zwischen diesen beiden klaren Positionen würden sich allerdings nach seiner Ansicht viele Fragen im Graubereich auf-tun, die es zukünftig zu beantworten gebe. Der Autor unterbreitet einige Lösungsvorschläge, wobei seine Hauptlösung das Anbieten eines gleichwertigen Alter-

nativzugangs gegen Entgelt ist. Der Nutzer könne dann wählen zwischen der Einwilligung in die Datenverarbeitung und entgeltlicher Inanspruchnahme des Dienstes. Wenn sich der Preis nach dem Wert der Daten richten würde, hätte es im Übrigen den positiven Nebeneffekt, dass bei Nutzern ein deutliches Bewusstsein für den Wert ihrer Daten geschaffen werde.

(Zu den Gestaltungsmöglichkeiten bei Verwendung von personenbezogenen Daten in der Werbung und der Auslegung des Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO vgl. Gierschmann, Wettbewerbsrecht Aktuell 2/2018.) (cb)

* * *

Social Media; Influencer Marketing – Borsch, Uwe: Der angemäße Influencer – Markenpiraterie 2.0 - Aspekte und Möglichkeiten der Abwehr aufgezwungener Werbung

MMR 2018, 127-130

Welche Rechte haben Unternehmen, wenn Influencer mit ihren Produkten auftreten, obwohl zwischen ihnen keine Verbindung besteht und auch nicht gewünscht ist? Eine solche aufgezwungene Werbung sei häufig minderwertig, juristisch angreifbar und konzeptionell fehlplatziert. Der Autor prüft daher markenschutz-, urheberschutz- und wettbewerbsrechtliche Ansprüche. Im Ergebnis hätten Unternehmen markenrechtliche Ansprüche aus § 14 bzw. 15 MarkenG und Ansprüche aus § 5 Abs. 1 UWG. Urheberrechtliche Ansprüche aus §§ 2, 97 f. UrhG bestünden hingegen nur ausnahmsweise. Er empfiehlt Unternehmen, Social Media auf solche Verstöße unbedingt zu überwachen, zum einen wegen der Sorgfaltspflicht der Geschäftsleitung, aber zum anderen auch aus allgemeinen kommerziellen Interessen. Sie könnten Unterlassung und im Regelfall auch Schadensersatz verlangen.

(Zur Kennzeichnungspflicht beim Influencer-Marketing vgl. Troge, Wettbewerbsrecht Aktuell 3/2018; zu den aktuellen Entwicklungen im Influencer Marketing vgl. Mallick, Weller Wettbewerbsrecht Aktuell 3/2018.)

Anm. d. Redaktion: Die Wettbewerbszentrale hat am 25.10.2017 einen Leitfaden zur Kennzeichnung von Werbung auf Instagram veröffentlicht, in dem sie aufzeigt wie Influencer Marketing rechtskonform umgesetzt und Schleichwerbung vermieden werden kann, vgl. [Leitfaden](#) zum Influencer-Marketing (cb)

* * *

Social Media; Kennzeichnungspflicht – Hoene, Verena: Influencer-Marketing

IPRB 2018, 58-61

Die Autorin widmet sich in diesem Beitrag der rechtlichen Einordnung von verschleierte Werbung durch Influencer. Dabei befasst sie sich mit der Grenzziehung zwischen Beiträgen, die gezielt im Auftrag eines Unternehmens gepostet werden und damit werblichen Charakter haben und kennzeichnungspflichtig sind, und Beiträgen, in denen Produkte aus eigenem Antrieb vorgestellt werden. Erster Anknüpfungspunkt für die Beurteilung des werblichen Verhaltens eines Influencers sei regelmäßig das UWG. Problematisch sei diesbezüglich jedoch, dass das UWG ein geschäftliches Handeln voraussetze. Dies sei unproblematisch bei denjenigen zu bejahen, die ihren Lebensunterhalt aus ihrem Blog bestreiten. Fraglicher sei aber der Fall, dass ein Blogger ein ihm zugesandtes Produkt zum Anlass nehme, dies einer Bewertung zu unterziehen.

Dies stelle, nach den von den Landesmedienanstalten aufgestellten Kriterien, die auch der von der Rechtsprechung vertretenen Auffassung entsprächen, solange eine zulässige Meinungsäußerung dar, als keine Vorgaben über das ob und wie einer Bewertung erfolgen und keine übertrieben positive Berichterstattung stattfinde. Zwischen der eindeutig werblichen Aktivität eines Influencers und der zulässigen Meinungsäußerung sei die geschäftliche Handlung anzusiedeln. Diese diene der Förderung des Absatzes oder Bezugs eines fremden Unternehmens, selbst wenn die Handlung nicht im Namen oder Auftrag dieses Unternehmens erfolge. Für diese Form der Werbung zeigt Hoene dann kurz passende Gerichtsentscheidungen auf (u. a. KG Berlin, Beschluss v. 11.10.2017, Az. 5 W 221/17, Wettbewerbsrecht Aktuell 2/2018; OLG Celle, Urteil v. 08.06.2017, Az. 13 U 53/17, Wettbewerbsrecht Aktuell 10/2017). Danach stellt sich die Autorin die Frage, wie eine geschäftliche Handlung zu kennzeichnen sei. Im Gegensatz zu den Landespressegesetzen, die explizit die Verwendung des Wortes „Anzeige“ vorschreiben, würden die Regelungen des UWG, des TMG und des Rundfunkstaatsvertrags nur die Kenntlichmachung verlangen, sofern sich der werbliche Charakter nicht schon aus den Umständen ergebe. Auch zu dieser Problematik zeigt Hoene anschließend Entscheidungen auf (u. a. OLG Köln, Urteil v. 09.08.2013, Az. 6 U 3/13, Wettbewerbsrecht Aktuell 11/2013; OLG Celle, Urteil v. 08.06.2017, Az. 13 U 53/17, Wettbewerbsrecht Aktuell 10/2017). Abschließend zieht die Autorin dann das Fazit, dass man bei einer Beratung eines „Influencers“ den werblichen Anteil an seinem Auftritt genau ermitteln müsse, und dies erst Recht, wenn der Mandant ein hinter dem Influencer stehendes Unternehmen sei.

(Mit den Herausforderungen des Influencer-Marketings beschäftigt sich auch Troge, vgl. Wettbewerbsrecht Aktuell 3/2018; Gerecke befasst sich mit der Kennzeichnung von werblichen Beiträgen im Online-Marketing, vgl. Wettbewerbsrecht Aktuell 3/2018.)

Anm. d. Redaktion: Die Wettbewerbszentrale hat am 25.10.2017 einen Leitfaden zur Kennzeichnung von Werbung auf Instagram veröffentlicht, in dem sie aufzeigt wie Influencer Marketing rechtskonform umgesetzt und Schleichwerbung vermieden werden kann, vgl. [Leitfaden](#) zum Influencer-Marketing (lk)

* * *

Weitere Publikationen

- Computerspiele; Jugendschutz – Ehinger, Patrick; Schadomsky, Lukas: Der In-Game-Verkauf von Lootboxen - jugendgefährdendes Glücksspiel oder bloßes Transparenzproblem?, K&R 2018, 145-149
- E-Commerce; Preisalgorithmen – Göhsl, Jan-Frederick: Algorithm Pricing and Article 101 TFEU, WuW 2018, 121-125
- Informationspflichten; EU – Haas, Theresa: Stille Post: Webseiten als dauerhafte Datenträger: Anmerkung zu EuGH, Rs. C-375/15 – BAWAG, GRUR Int. 2018, 217-221
- Informationspflichten; Widerrufsrecht – Czajkowski, Nico; Müller-ter Jung, Marco: Datenfinanzierte Premiumdienste und Fernabsatzrecht, CR 2018, 157-166
- Social Bots; Cheat-Bots – Jülicher, Tim; Röttgen, Charlotte: Bots im Kontext von Wirtschaftsrecht und Cybercrime, InTeR 2018, 15-19
- Streamingplattformen; Rundfunkfreiheit – Bodensiek, Kai; Walker, Matthias: Livestreams von Gaming Video Content als Rundfunk? - Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung der Rundfunkzulassungspflicht, MMR 2018, 136-141

Vorankündigungen

**Jahreskonferenz der
Wettbewerbszentrale:**
24./25.04.2018

**Mitgliederversammlung
der Wettbewerbszentrale:**
24.04.2018 in Bad Homburg v.d.H.

Gesundheitsrechtstag 2018:
09.11.2018 in Frankfurt a.M.

ISSN 1619-893X

IMPRESSUM

Chefredaktion: (Verantwortlich für den Inhalt)

Dr. Reiner Münker, Geschäftsführendes Präsidiumsmitglied, Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs Frankfurt am Main e. V., Landgrafenstraße 24 B, 61348 Bad Homburg

Redaktion:

Florian Weichsler, LL.M. (fw)

Autorenliste:

Claudia Biermann (cb); Peter Breun-Goerke (pbg); Christiane Köber (ck); Lisa Kunz (lk); Hans-Frieder Schönheit (hfs)

Erscheinungsweise:

Monatlich

Bezugsmöglichkeiten:

Im Abonnement für Mitglieder der Wettbewerbszentrale und Abonnenten der Auswertung „Immaterialgüterrecht Aktuell“ 19,95 € (16,76 € + 3,19 € MwSt.); für Nichtmitglieder 24,95 € monatlich (20,97 € + 3,98 € MwSt.). Senden Sie bitte eine E-Mail an <<mailto:fachredaktion@wettbewerbszentrale.de>> (bitte als Betreff „Auswertung“ angeben), um eine Informationsbroschüre mit den Bestellunterlagen zu erhalten.

Sie können „Wettbewerbsrecht Aktuell“ auch per Internet auf den Webseiten der Wettbewerbszentrale bestellen, die Sie im Internet unter <<http://www.wettbewerbszentrale.de>> (Bereich Publikationen – Print – Urteils- und Literaturauswertungen) finden.

Kündigung:

Das Abonnement kann jederzeit gegenüber der Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs Frankfurt am Main e. V., Landgrafenstraße 24 B, 61348 Bad Homburg, Telefon: 06172 – 121571, Telefax: 06172 – 84422, gekündigt werden. Die Kündigung kann auch formlos durch eine kurze E-Mail an die Adresse <<mailto:fachredaktion@wettbewerbszentrale.de>> (bitte als Betreff „Wettbewerbsrecht Aktuell – Kündigung“ angeben) erklärt werden. Bitte haben Sie jedoch Verständnis dafür, dass wir in diesem Fall die angegebene E-Mail-Adresse noch einmal zwecks einer Bestätigung der Kündigung kontaktieren, um die Identität des Absenders zu überprüfen.