



GB – Der Grüne Bote

ZEITSCHRIFT FÜR LAUTERKEITSRECHT UND GEISTIGES EIGENTUM

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

1/2010

Aus dem Inhalt

- *Carina Klaus*, Die Kerntheorie – Zur Auslegung vertraglicher und gesetzlicher Unterlassungsverpflichtungen
- *Paul T. Schrader*, Reichweite des Verzichts in der Abschlusserklärung und Auswirkungen auf das Rechtsschutzbedürfnis für Hauptsacheklage
- *Jan Eichelberger*, Aus der Rechtsprechung des *EuG* zum Gemeinschaftsmarkenrecht im 4. Quartal 2009

Herausgeber:

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

Ständige Mitarbeiter:

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



Zitiervorschlag:

Schrader, GB 2009, 179 (180)

ISSN:

1868-114X

VORWORT

Liebe Leserinnen und Leser,

ich freue mich, Ihnen die Ausgabe 01/2010 des "Grünen Boten" übersenden zu können.

Besonders aufmerksam machen möchte ich Sie auf die umfassende Untersuchung von *Klaus* zur Kerntheorie. Auch *Schrader* befasst sich in seiner Besprechung der „Mescher weis“-Entscheidung mit einem wettbewerbsprozessualen Thema, der Abschlusserklärung. *Eichelberger* würdigt kritisch die Konsequenzen, die das OLG Köln aus der Bainbridge-Entscheidung des EuGH zieht.



Die Rechtsprechung des EuG zur GMV findet gelegentlich nicht die gebotene Aufmerksamkeit. Hier will *Eichelberger* für Abhilfe sorgen. Ab sofort berichtet er regelmäßig über die Entscheidungspraxis des EuG in Markensachen.

Ich wünsche Ihnen, liebe Leserinnen und Leser, ein frohes Weihnachtsfest und einen guten Start in ein glückliches Jahr 2010!

Ihr

Prof. Dr. Volker Michael Jänich

INHALTSVERZEICHNIS

A. Beiträge	7
<i>Klaus</i> , Die Kerntheorie – Zur Auslegung vertraglicher und gesetzlicher Unterlassungsverpflichtungen	7
<i>Schrader</i> , Reichweite des Verzichts in der Abschlusserklärung und Auswirkungen auf das Rechtsschutzbedürfnis für Hauptsacheklage, Anm. zu BGH, Urt. v. 2. 7. 2009 - I ZR 146/07, GRUR 2009, 1096 – Mescher weis	22
<i>Eichelberger</i> , Anm. zu <i>OLG Köln</i> , Urteil vom 20.05.2009 – 6 U 195/08 – Protipower/Protifit.....	27
<i>Eichelberger</i> , Aus der Rechtsprechung des <i>EuG</i> zum Gemeinschaftsmarkenrecht im 4. Quartal 2009.....	29
B. Entscheidungen.....	34
I. EuGH / EuG	34
1. Markenrecht.....	34
II. Bundesverfassungsgericht	34
III. Bundesgerichtshof.....	35
1. Patentrecht / Gebrauchsmusterrecht.....	35
2. Urheberrecht / Geschmacksmusterrecht	35
3. Markenrecht.....	36
4. Wettbewerbsrecht	37
5. Kartellrecht	38
6. Sonstiges.....	39
IV. Bundespatentgericht	40
1. Patent- und Gebrauchsmusterrecht.....	40
2. Marken- und Kennzeichenrecht	40
V. Instanzgerichte	42
1. Patentrecht / Gebrauchsmusterrecht.....	42
2. Urheberrecht / Geschmacksmusterrecht	43
3. Markenrecht.....	47
4. Wettbewerbsrecht	47
5. Kartellrecht	52
C. Pressemitteilungen	54
I. Pressemitteilungen des BGH	54
II. Pressemitteilungen der Instanzgerichte	59
III. Pressemitteilungen des Bundesministeriums für Justiz.....	62
D. Aufsätze / Urteilsanmerkungen	66
I. Patentrecht / Gebrauchsmusterrecht	66
II. Urheberrecht / Geschmacksmusterrecht	67
III. Marken- und Kennzeichenrecht	70
IV. Wettbewerbsrecht	72
V. Kartellrecht.....	74
VI. Sonstiges	78
VII. Ausgewertete Zeitschriften	81



A. BEITRÄGE

DIE KERNTHEORIE – ZUR AUSLEGUNG VERTRAGLICHER UND GESETZLICHER UNTERLASSUNGSVERPFLICHTUNGEN

Von Carina Klaus

A. Einleitung

Eine Unterlassungsverpflichtung¹, die sich aus einer konkreten Verletzungshandlung ergibt, birgt die Frage in sich, wie weit ihr (Schutz-) Umfang reicht. Diese Frage stellt sich bei der Formulierung und Auslegung einer strafbewehrten Unterwerfungserklärung (vertragliche Unterlassungsverpflichtung) und taucht ebenso im Erkenntnisverfahren bei der Antragsstellung und im Vollstreckungsverfahren bei der Titelauslegung auf.

Zur Bewältigung dieses Problems entwickelten das RG² und der BGH³ die sog. Kerntheorie. Die Kerntheorie wurde zuerst im Vollstreckungsverfahren angewandt (Kerntheorie II)⁴ und später für die An-

¹ Unterlassungsverpflichtung meint sowohl vertragliche als auch gesetzliche Unterlassungsverpflichtung. Mit gesetzlicher Unterlassungsverpflichtung ist hier die ausgeurteilte Unterlassungsverpflichtung gemeint.

² RGZ 147, 27 (30).

³ BGH GRUR 1952, 577 ff. – Fischermännchen oder Zwilling.

⁴ Diese begriffliche Differenzierung zwischen Kerntheorie I und II, die die verschiedenen Anwendungsmöglichkeiten der Kerntheorie im Unterlassungsprozess verdeutlicht, geht auf Borck, GRUR 1996, 522 (525) zurück und wird im folgenden zu Grunde gelegt. Eine gleichartige Differenzierung findet sich bei Oppermann, Unterlassungsanspruch und materielle Gerechtigkeit im Wettbewerbsprozeß, 1993, S. 50 der

tragsformulierung (Kerntheorie I)⁵ und die Auslegung vertraglicher Unterwerfungsverpflichtungen herangezogen.

Im Folgenden soll die Kerntheorie näher beleuchtet werden. Dabei wird zuerst die Problematik der Kerntheorie an einem Fallbeispiel dargestellt (B.), daraufhin folgt ein Allgemeiner Teil (C.), indem abstrakt und an Rechtsprechungsbeispielen die Reichweite und Bedeutung der Kerntheorie verdeutlicht werden soll. Erst danach findet eine genaue Betrachtung der Kerntheorie für die Anwendung zur Auslegung vertraglicher (D.) und gesetzlicher (E.) Unterlassungsverpflichtungen statt.

B. Die Problematik: Schwierigkeiten bei der Auslegung vertraglicher und gesetzlicher Unterlassungsverpflichtungen

Zur Verdeutlichung des der Kerntheorie zugrunde liegenden Problems soll folgendes Beispiel dienen: S (Schuldner)⁶ betreibt Verbrauchermärkte für Geräte der Unterhaltungselektronik. Einer dieser Märkte befindet sich in P. S wirbt in dem dort erscheinenden „Lokalanzeiger“ für die „Videokamera X“ und den „Fernseher Y“. Am ersten Werktag nach dem Tag des Erscheinens der Werbung waren diese Geräte nicht vorrätig im Laden.⁷

G (Gläubiger), der in P ebenfalls einen Endverbrauchermarkt für Geräte der Unterhaltungselektronik betreibt, sieht in die-

zwischen „materieller“ und „prozessualer“ Anwendung der Kernlehre unterscheidet.

⁵ Siehe vorangegangene Fußn.

⁶ (Unterlassungs-) Schuldner und (Unterlassungs-) Beklagter bezeichnen dieselbe Person, ebenso wie (Unterlassungs-) Gläubiger und (Unterlassungs-) Kläger.

⁷ In vager Anlehnung an BGH GRUR 2000, 907 ff. – Filialeiterfehler.

ser Werbemaßnahme zu Recht eine unzulässige geschäftliche Handlung des S gem. § 3 III i.V.m. Anhang I Nr. 5 UWG sowie eine irreführende geschäftliche Handlung gem. § 3 I i.V.m. § 5 I Nr. 1 UWG. Die Wettbewerbswidrigkeit der Handlung zeigt sich in diesem Fall darin, dass die beworbene Ware am ersten Werktag nach dem Erscheinen der Werbung nicht vorrätig im Laden war.

G hat nach § 8 I Var. 2 UWG einen Unterlassungsanspruch gegen S. Er mahnt S ab und fordert ihn auf eine strafbewehrte Unterwerfungserklärung abzugeben. Die strafbewehrte Unterwerfungserklärung des S ist wie folgt formuliert: *S hat es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken für die „Videokamera X“ und den „Fernseher Y“ in dem in P erscheinenden Lokalanzeiger zu werben, sofern diese am ersten Werktag nach dem Tag des Erscheinens der Werbung nicht vorrätig sind.*

Damit ist in der Unterlassungsverpflichtung wortlautgetreu die konkrete Verletzungshandlung des S wiedergegeben. Nun stellt S aber fest, dass die unlautere geschäftliche Handlung für ihn absatzsteigernd war und er trotz des Streits mit G einen Gewinn erzielt hat. Er beschließt deshalb, eine gleichartige Handlung in abgewandelter Form vorzunehmen. Schließlich ist ihm nach dem Wortlaut der Unterlassungsverpflichtung nur verboten, für die „Videokamera X“ und den „Fernseher Y“ in dem in P erscheinenden Lokalanzeiger in betreffender Weise zu werben. Er inseriert daher eine entsprechende Werbeanzeige für den „DVD-Player Z“ in einer regionalen Tageszeitung.

G sieht sich von dieser wettbewerbswidrigen Handlung wiederum in seinen Interessen verletzt und fühlt sich stark an die davor Begangene wettbewerbswidrige Handlung des S erinnert, für die G eine Unterlassungsverpflichtung gegen S hat. Ihm stellt sich daher die Frage, ob S gegen die Unterlassungsverpflichtung mit seiner zweiten Werbemaßnahme verstoßen hat? Verneint man diese Frage mit dem Argument, dass S mit seiner Werbemaßnahme eindeutig nicht gegen den Wortlaut der Unterlassungsverpflichtung gehandelt hat, so wird der Gläubiger weitgehend schutzlos gestellt, denn der Schuldner kann ohne weiteres eine Unterlassungsverpflichtung durch eine gleichartige Handlung umgehen. Dadurch würde der wettbewerbliche

Rechtsschutz ins Leere laufen, weil es selten vorkommt, dass ein Schuldner eine Verletzungshandlung in identischer Weise noch einmal durchführt.⁸

Beantwortet man die Frage hingegen mit ja, weil S mit seiner zweiten Werbemaßnahme eine äquivalente Handlung zu seiner Unterlassungsverpflichtung begangen hat, dann hat das zur Folge, dass der Schuldner nur schwerlich einschätzen kann, welche Handlungen noch unter den Verbotsumfang einer Unterlassungsverpflichtung fallen.⁹ Besonders relevant wird diese Problematik bei einem „gutgläubigen“ Schuldner, der anders als der S mit seiner Wettbewerbshandlung nicht gegen die Unterlassungsverpflichtung verstoßen wollte.¹⁰

Die Kerntheorie setzt genau an diesem Spannungsverhältnis an und beantwortet die Frage, wie weit der Verbotsumfang einer Unterlassungsverpflichtung zu ziehen ist.

C. Die Kerntheorie im Allgemeinen

I. Definition

Die Kerntheorie wurde als Maßstab zur Bestimmung des Verbotsumfangs einer Unterlassungsverpflichtung entwickelt, die sich auf eine konkrete Verletzungshandlung bezieht.

Der BGH nahm zu der Kerntheorie erstmals in der Fischermännchen-Entscheidung¹¹ Stellung. Dabei knüpfte er an die Rechtsprechung des RG an,¹² indem er ausführ-

⁸ Ebenso Erwägungen zum Rechtsschutz: *Scharren*, FS Erdmann, 2002, S. 877 (877); *Kramer*, Der richterliche Unterlassungstitel im Wettbewerbsrecht: Eine Kritik der „Kerntheorie“ und der These von der „konkreten Verletzungshandlung“, 1982, S. 1; *Sutschet*, ZZP 2006, 279 (284); *Ahrens/Jestaedt*, Der Wettbewerbsprozess, 5. Aufl. 2005, Kap. 22 Rn. 7; *Oppermann*, WRP 1989, 713 (714); *Ahrens/Ahrens* (Fn. 8), Kap. 36 Rn. 7; BGH GRUR 2000, 907 (909) genauer I. 3. a) (4) – Filialleiterfehler; BGH GRUR 2000, 337 (338) – Preisknaller.

⁹ BGH GRUR 1992, 561 (562) – Unbestimmter Unterlassungsantrag II; BGH GRUR 1998, 489 (491) – Unbestimmter Unterlassungsantrag III; *Borck*, GRUR 1996, 522 (525); *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 8. Aufl. 2002, Kap. 57 Rn. 14.

¹⁰ *Borck*, GRUR 1996, 522 (525).

¹¹ BGH GRUR 1952, 577 (580) – Fischermännchen oder Zwilling.

¹² RGZ 147, 27 (30).

te: „Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass der Verletzer sich nicht durch jede Änderung der [Verletzungshandlung]¹³ dem Verbotsurteil entziehen kann, sondern dass solche Änderungen die den Kern der [konkreten Verletzungshandlung]¹⁴ unberührt lassen, von der Rechtskraftwirkung miterfasst werden können.“¹⁵ Aus den Worten „Kern“¹⁶ oder „charakteristisch“¹⁷ leitete die Literatur das Schlagwort „Kerntheorie“ ab.¹⁸ Die erstmalige Definition des BGH wurde durch nachfolgende Urteile dahingehend ergänzt, dass unter den Kern der Verletzungshandlung gleichartige (identische) Handlungen fallen,¹⁹ nicht dagegen nur im Kern ähnliche Handlungsformen.²⁰ Das bedeutet wiederum, dass für die Bestimmung des Verbotsumfangs einer Unterlassungsverpflichtung eine Verallgemeinerung der konkreten Ver-

letzungshandlung erfolgen muss.²¹ Dazu ist die Ermittlung der Handlungen erforderlich, die von der verbotenen Handlung nur geringfügig abweichen und dadurch von ihrem Unwertgehalt erfasst werden.²²

II. Begriffsbestimmung von konkreter Verletzungshandlung und konkreter Verletzungsform

Da man mit der Begriffsdefinition „Kern der wettbewerbswidrigen Handlung“ noch nicht genügend Werkzeug zur Hand hat, um die Frage, wie weit der Verbotsumfang einer Unterlassungsverpflichtung ist, beantworten zu können, haben einige Literaturstimmen²³ aus den Begriffen „konkrete Verletzungshandlung“ und „konkrete Verletzungsform“ Hammer und Meißel gebastelt, um aus dem oben dargestellten Sachverhalt den Kern heraus meißeln zu können.

Die im Folgenden vorgeschlagene Differenzierung zwischen konkreter Verletzungshandlung und konkreter Verletzungsform, ist zur abstrakten Erklärung, was den Verbotsumfang einer Unterlassungsverpflichtung ausmacht, gut geeignet. Es muss jedoch darauf hingewiesen werden, dass sich beim Lesen wettbewerbsprozessrechtlicher Literatur²⁴ und Rechtsprechung²⁵ nicht

¹³ Das Wort Verletzungsform wurde durch Verletzungshandlung ersetzt. Die unterschiedliche Bedeutung der Begriffe, wie sie sich bei einem Teil der Literatur heraus entwickelt hat, wird im Folgenden erläutert. Da diese Arbeit der besagten Literaturansicht folgt und der BGH einer exakten Benutzung der Begriffe nicht nachkommt, wurden die Worte, um Missverständnissen vorzubeugen, abgeändert.

¹⁴ Siehe vorangegangene Fußn.

¹⁵ BGH GRUR 1952, 577 (580) – Fischermännchen oder Zwilling.

¹⁶ Vom BGH fortgeführt in ständiger Rechtsprechung z.B.: BGH GRUR 1994, 844 (846) – Rotes Kreuz; BGH GRUR 2006, 421 Tz. 27 – Markenparfümverkäufe.

¹⁷ RGZ 147, 27 (30); BGH GRUR 1961, 288 (290) – Zahnbürsten; BGH GRUR 1984, 467 (469) – Das unmögliche Möbelhaus; BGH GRUR 1991, 254 (257) – Unbestimmter Unterlassungsantrag.

¹⁸ *Teplitzky* (Fn. 9), Kap. 51 Rn. 14 Fußn. 80 m.w.N.

¹⁹ BGH GRUR 2000, 907 (909) – Filialleiterfehler; BGH GRUR 2000, 337 (338) – Preisknaller; OLG Hamburg GRUR 1990, 637 (638) – geändertes Formular; LG Hamburg GRUR-RR 2002, 43 – Gaming Floor; *Melullis*, Handbuch des Wettbewerbsprozesses, 3. Aufl. 2000, Rn. 943; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 65. Aufl. 2007, § 890 Rn. 4; *Baumbach/Hefermehl* (2001), UWG, 22. Aufl. 2001, UWG Einl. Rn. 485; *Ahrens/Jestaedt* (Fn. 8), Kap. 35 Rn. 8.

²⁰ *Köhler/Bornkamm*, UWG, 24. Aufl. 2006, § 12 Rn. 6.4; OLG Hamburg GRUR 1990, 637 (638) – geändertes Formular; LG Hamburg GRUR-RR 2002, 43 – Gaming Floor.

²¹ Entsprechend *Melullis* (Fn. 19), Rn. 328; *Teplitzky* (Fn. 9), Kap. 5 Rn. 7; BGH GRUR 1996, 800 (802) – Sekundenschnell; BGH GRUR 1992, 561 (562) – Unbestimmter Unterlassungsantrag II; BGH GRUR 1989, 445 (446) – Professorenbezeichnung in der Arztwerbung.

²² LG Hamburg GRUR-RR 2002, 43 – Gaming Floor.

²³ *Nirk/Kurtze*, GRUR 1980, 645 ff.; *Borck*, GRUR 1965, 49 ff.; *Borck*, GRUR 1996, 522 (525). *Borck* kommt zum selben Ergebnis. Sieht jedoch den Grund für die Unterscheidung darin, dass das, was erst für die Zukunft verboten werden soll, nur der Form nach beschrieben werden kann.

²⁴ Vgl. *Ahrens/Ahrens* (Fn. 8), Kap. 36 Rn. 64; *Kurtze*, FS *Nirk*, 1992, S. 571 (574). Bspw. keine exakte Benutzung der Begriffe von: *Berneke*, WRP 2007, 579 (580); *Ahrens/Jestaedt* (Fn. 8), Kap. 22 Rn. 28. Exakte Anwendung der Definition von *Borck* und *Nirk/Kurtze*: bspw. *Rüssmann*, FS *Lüke*, 1997, S. 675 (683 f.); *Schubert*, ZZP 1972, 29 (32) Fußn. 8; *Teplitzky* (Fn. 9), Kap. 51 Rn. 4; *Ahrens/Ahrens* (Fn. 8), Kap. 36 Rn. 64.

²⁵ Keine exakte Benutzung der Begriffe: bspw. BGH GRUR 1984, 467 (469) – Das unmögliche Möbelhaus; OLG Stuttgart, Urteil vom 21.08.2008 – 2 U 41/08, BeckRS 2009, 04601,

immer eine exakte Benutzung und Abgrenzung dieser Begriffe finden lässt.

Eine konkrete Verletzungshandlung ist eine als tatsächlicher Lebensvorgang bestimmte Wettbewerbshandlung, die wettbewerbswidrig ist.²⁶ Sie besteht aus rechtlich erheblichen und rechtlich unerheblichen Tatbestandsmerkmalen.²⁷ Das bedeutet, dass manche Bestandteile der Wettbewerbshandlung erlaubt sind und manche wettbewerbswidrig.

In unserem Beispiel ist die konkrete Verletzungshandlung das Werben des S in dem in P erscheinenden „Lokalanzeiger“ für die „Videokamera X“ und den „Fernseher Y“. Bei einer rechtlichen Beurteilung dieser Wettbewerbshandlung ergibt sich, dass das Werben in einem Lokalanzeiger für einen Fernseher und eine Videokamera an sich keine wettbewerbswidrige Handlung ist. Die Wettbewerbswidrigkeit ergibt sich erst durch den Umstand, dass der Fernseher und die Videokamera am ersten Werktag nach dem Tag des Erscheinens der Werbung nicht vorrätig waren. Die Gesamthandlung, Werben für Unterhaltungselektronik, besteht also aus zwei Bestandteilen: dem wettbewerbsrechtlich neutralen Werben in einem Lokalanzeiger und dem wettbewerbsrechtlich erheblichen Irreführen über die Verfügbarkeit der Ware. Daraus folgt, dass der tatsächliche Lebensvorgang „Wettbewerbshandlung“ bei seiner rechtlichen Beurteilung eine konkrete Verletzungshandlung wird, wenn auch nur einer seiner Bestandteile wettbewerbsrechtlich relevant ist.²⁸

Dieser Bestandteil muss wegen seiner Bedeutung für die Gesamthandlung von den rechtlich unerheblichen Bestandteilen abgegrenzt werden und verdient damit eine besondere Bezeichnung. Er stellt die konkrete Verletzungsform dar. *Die konkrete Verletzungsform ist demnach derjenige Teil einer bestimmten Wettbewerbshandlung, welcher sich bei der rechtlichen Beurteilung des tatsächlichen Lebensvorgangs als*

*wettbewerbsrechtlich erheblich herausstellt.*²⁹

Eine konkrete Verletzungshandlung kann mehrere Verletzungsformen enthalten, also nicht nur aus einem Grund wettbewerbswidrig sein.³⁰ Hätte sich unser Ausgangsfall beispielsweise so zugetragen, dass die konkrete Verletzungshandlung nicht nur aus der irreführenden Werbung in dem Lokalanzeiger bestünde, sondern S diesen Lokalanzeiger unter gezielter Direktansprache von Passanten an einem öffentlichen Ort verteilte, ohne dass er als Werbender eindeutig erkennbar wäre, dann würde darin die konkrete Verletzungsform „Verteilen von Werbung mit irreführendem Inhalt mit unzulässigem Ansprechen in der Öffentlichkeit“ liegen. Nicht nur die „irreführende Werbung“ nach den § 3 III i.V.m. Anhang I Nr. 5 UWG und/oder § 5 I Nr. 1 UWG wäre wettbewerbswidrig, sondern gem. § 3 I i.V.m. § 7 I UWG auch das Werben in der Öffentlichkeit, ohne dass der Angesprochene auf einen Blick erkennt, dass der Werbende sich zu Werbezwecken an ihn wendet.³¹

III. Verbindung zwischen der Kerntheorie und den Begriffen konkrete Verletzungshandlung und konkrete Verletzungsform

Die Begriffsklärung von konkreter Verletzungshandlung und konkreter Verletzungsform ist für die Kerntheorie deshalb relevant, weil die konkrete Verletzungsform den Kern einer wettbewerbswidrigen Verletzungshandlung darstellt.³²

Nach der Kerntheorie kann die konkrete Verletzungshandlung verallgemeinert werden, wenn dabei das Charakteristische des konkreten Verletzungstatbestandes zum

(II 1 a) aa) Absatz 5); Jedoch definitionsgemäß benutzt: bspw. BGH GRUR 1984, 593 (594) – adidas-Sportartikel; BGH GRUR 2006, 421 (422) – Markenparfümverkäufe

²⁶ Nirk/Kurtze, GRUR 1980, 645 (647); Teplitzky (Fn. 9), Kap. 5 Rn. 3.

²⁷ Nirk/Kurtze, GRUR 1980, 645 (647).

²⁸ Nirk/Kurtze, GRUR 1980, 645 (647).

²⁹ Nirk/Kurtze, GRUR 1980, 645 (647); Borck, GRUR 1996, 522, (525); Rüssmann, FS Lücke, S. 675 (683 f.); in anderen Worten Ahrens/Ahrens (Fn. 8), Kap. 36, Rn. 64: „Was bei der rechtlichen Präparation heraus kommt.“

³⁰ Ahrens/Ahrens (Fn. 8), Kap. 36, Rn. 65; Nirk/Kurtze, GRUR 1980, 645 (647) mit weiteren Beispielen.

³¹ BGH GRUR 2004, 699 (701) – Ansprechen in der Öffentlichkeit; OLG Frankfurt a.M. GRUR 2008, 353 (354) – Ansprechen von Passanten.

³² Borck, GRUR 1996, 522, (525); entsprechend Ahrens/Ahrens (Fn. 8), Kap. 36, Rn. 64; Nirk/Kurtze, GRUR 1980, 645 (649).

Ausdruck kommt.³³ Demzufolge ist eine Verallgemeinerung der wettbewerbsrechtlich unerheblichen Tatbestandsmerkmale der konkreten Verletzungshandlung grundsätzlich möglich.³⁴ Eine Verallgemeinerung der rechtlich erheblichen Tatbestandsmerkmale, d.h. der konkreten Verletzungsform, ist dagegen grundsätzlich ausgeschlossen.³⁵

Die wettbewerbsrechtlich unerheblichen Tatbestandsmerkmale in unserem Beispielfall sind zum einen, dass die Werbung in dem Lokalanzeiger von P war und zum anderen, dass für die „Videokamera X“ und den „Fernseher Y“ geworben wurde. Diese Begriffe können nach der Kerntheorie zur Bestimmung des Schutzzumfangs der Unterlassungsverpflichtung - auf verschiedenen Abstraktionsstufen -³⁶ verallgemeinert werden.

Der Schutzzumfang der Unterlassungsverpflichtung beschränkt sich also nicht nur auf ein Verbot von irreführender Werbung, wie sie im Ausgangsfall in dem Lokalanzeiger von P erfolgte, vielmehr verpflichtete sich S durch die Erklärung auch auf eine entsprechende Werbung in einer „überregionalen Zeitung“ oder „Zeitungen im allgemeinen“ oder „der Presse“ zu verzichten. Ebenso verhält es sich mit dem Tatbestandsmerkmal, dass für die „Videokamera X“ und den „Fernseher Y“ geworben wurde. Eine Abstrahierung kann hier anhand der Begriffe „Videokamera“ und „Fernseher“ oder durch „Geräte der Unterhaltungselektronik“ erfolgen.³⁷

Damit steht nach der Kerntheorie fest, dass die zweite wettbewerbswidrige Handlung von S den „Kern der (ersten) konkreten Verletzungshandlung unberührt“³⁸ lässt. Es ist rechtlich irrelevant, dass S beim zweiten Mal mit einem „DVD Player“

in einer regionalen Tageszeitung geworben hat. Die konkrete Verletzungsform ist immer noch dieselbe. Demnach hat die Unterlassungsverpflichtung des S unter Anwendung der Kerntheorie folgenden Umfang: *S hat es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken für Geräte der Unterhaltungselektronik in der Presse zu werben, sofern diese am ersten Werktag nach dem Tag des Erscheinens der Werbung nicht vorrätig sind.*

Die Kerntheorie bedeutet somit eine Verallgemeinerung der konkreten Verletzungshandlung auf ihre rechtlich erheblichen Tatbestandsmerkmale, welche unter den Begriff konkrete Verletzungsform zu fassen ist.

IV. Auslegungsgrenzen anhand der Rechtsprechung

Eine Verallgemeinerung der wettbewerbsrechtlich unerheblichen Tatbestandsmerkmale der konkreten Verletzungshandlung ist nicht für jeden Oberbegriff möglich, sondern bewegt sich innerhalb gewisser Grenzen und ist von einer Einzelfallbetrachtung abhängig. Der Grund dafür ist, dass für den Schuldner keine Unsicherheit über den Gegenstand und den Umfang des Unterlassungsverbots verbleiben darf.³⁹ So muss sich das Unterlassungsverbot innerhalb der durch das materielle Recht gezogenen Grenzen halten⁴⁰ (1.). Eine zu weit gehende Abstrahierung kann dazu führen, dass die konkrete Verletzungsform überschritten wird (2.).

1. Nach der Rechtsprechung ist eine Abstrahierung auf solche Oberbegriffe zulässig, deren Sinn zwischen den Parteien nicht streitig ist⁴¹ oder die vom Verkehr bei maßgeblicher objektiver Betrachtungswei-

³³ Melullis (Fn. 19), Rn. 328; Teplitzky (Fn. 9), Kap. 5 Rn. 7; BGH GRUR 1996, 800 (802) – Sekundenschnell; BGH GRUR 1992, 561 (562) – Unbestimmter Unterlassungsantrag II; BGH GRUR 1989, 445 (446) – Professorenbezeichnung in der Arztwerbung.

³⁴ Melullis (Fn. 19), Rn. 943; Borck, GRUR 1996, 522, (525).

³⁵ Nirk/Kurtze, GRUR 1980, 645 (647).

³⁶ Ahrens/Ahrens (Fn. 8), Kap. 36, Rn. 68; Nirk/Kurtze, GRUR 1980, 645 (647).

³⁷ Siehe BGH GRUR 2000, 907 (908) – Filialleiterfehler.

³⁸ Nach der Formulierung in BGH GRUR 1952, 577 (580) – Fischermännchen oder Zwilling.

³⁹ Borck, GRUR 1996, 522 (524); Borck, WRP 1979, 180 (184); Ahrens/Jestaedt (Fn. 8), Kap. 22 Rn. 9; Brox/Walker, ZwangsvollstreckungsR, 7. Aufl. 2003, Rn. 1097; BGH GRUR 2000, 438 (440) – Gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge; OLG Hamburg WRP 1993, 496 (497).

⁴⁰ Borck, GRUR 1996, 522 (523); BGH GRUR 2006, 421 Tz. 27 – Markenparfümverkäufe.

⁴¹ BGH GRUR 1991, 254 (256) – Unbestimmter Unterlassungsantrag I; BGH GRUR 1992, 561 (562) – Unbestimmter Unterlassungsantrag II; BGH GRUR 1999, 1917 f. – Kontrollnummernbeseitigung.

se zutreffend erfasst werden können⁴². Unzulässig sind demnach unklare und auslegungsbedürftige Begriffe.⁴³ Gemeint sind damit Verallgemeinerungen, die ihre Grenzen nicht deutlich werden lassen,⁴⁴ bloße Wiederholungen der Verbotsnorm des Gesetzestextes⁴⁵ oder Wendungen bzw. Tätigkeitsbeschreibungen, die zu weit oder in sonstiger Weise unscharf sind und deshalb ebenfalls keine hinreichende Eingrenzung darstellen⁴⁶.

Eine zulässige Verallgemeinerung war der Begriff „Luxusparfüm“ in der Entscheidung „Markenparfümverkäufe“⁴⁷, weil sie sich innerhalb der vom materiellen Recht gezogenen Grenzen hielt. Die Beklagte beging eine Markenrechtsverletzung gegen die Klägerin, indem sie ein Parfüm der Marke „Chopard“, das für den außereuropäischen Markt bestimmt war, unbefugt in den europäischen Wirtschaftsraum einführte. Die Klägerin war außer für die Marke „Chopard“ auch noch Lizenzinhaberin der Marken „Jil Sander“, „Davidoff“, „Boudoir“ und „JOOP“. Das Gericht abstrahierte hier auf den Oberbegriff „Luxusparfüm“ und gab einer Unterlassungsverpflichtung für alle genannten Marken statt. Denn das Charakteristische der wettbewerbswidrigen Hand-

lung - die konkrete Verletzungsform - war der Graumarktimport von Luxusparfüms. In einer Entscheidung des OLG Stuttgart⁴⁸ wird deutlich, dass bei einer irreführenden Werbung in einer Zeitung, als Abstrahierung nicht nur „Druckerzeugnisse“ oder „die Presse“ möglich sind, sondern sich eine kerngleiche Begehungsform auch auf „Medien“ schlechthin erstrecken kann. Streitgegenstand war es, ob die konkrete Verletzungshandlung einer irreführenden Werbung in einer Zeitungsanzeige nach der Kerntheorie auch Anzeigen im Internet in den Verbotsumfang einschließt. Die Beklagte hatte vorgebracht, dass zwischen Zeitungsanzeigen und Internetportalen ein substantieller Unterschied bestehe, z. B. im Hinblick auf gesetzliche Informationspflichten, weswegen man nicht von einer kernidentischen Verletzungshandlung ausgehen könne. Das OLG hat das Charakteristische der beanstandeten Handlungsweise - die konkrete Verletzungsform - jedoch darin gesehen, dass für den Verkauf von gebrauchten Kraftfahrzeugen geworben wurde, ohne auf die Gewerblichkeit des Angebots hinzuweisen, mit der Folge, dass der Verbraucher ein Privatangebot annimmt und insoweit irreführt wird. In welchem Werbemedium die Anzeige erfolgte war wettbewerbsrechtlich irrelevant.

2. Im Fall „adidas – Sportartikel“⁴⁹ überschritt die Abstrahierung auf „Sportartikel“ die konkrete Verletzungsform. Ein Verbrauchermarkt hatte eine unzulässige Lockvogelwerbung mit bestimmten adidas – Sportartikeln betrieben. Der BGH beurteilte hier eine Verallgemeinerung auf Sportartikel schlechthin als zu weitgehend. Er sah den Begriff „Sportartikel“ zwar als zulässige Verallgemeinerung einzelner Sportartikel an, das Charakteristische der konkreten Verletzungsform lag hier aber darin, dass mit Sportartikeln eines bekannten Markenartikelherstellers geworben wurde. Nur ein bekannter und zugkräftiger Name wie „adidas“ konnte den im konkreten Fall unzulässigen Anlockeffekt auf das Publikum ausüben.

An den obigen Fallbeispielen wird deutlich, dass die Schwierigkeit bei der Anwendung der Kerntheorie darin besteht, eindeutig zu

⁴² BGH GRUR 2000, 386 – Preisknaller; BGH WRP 2001, 1441 (1443) – Preisgegenüberstellung im Schaufenster

⁴³ *Teplitzky* (Fn. 9), Kap. 51 Rn. 8b, *Ahrens/Jestaedt* (Fn. 8), Kap. 22 Rn. 10. Vgl. BGH GRUR 1991, 254 ff. – Unbestimmter Unterlassungsantrag I; BGH GRUR 1992, 561 ff. – Unbestimmter Unterlassungsantrag II.

⁴⁴ Vgl. Beispiele bei *Teplitzky* (Fn. 9), Kap. 51 Rn. 8b: z. B. räumlich: „In Süddeutschland“ oder „in allen deutschen Großstädten“, zeitlich: „während der Sommersaison“.

⁴⁵ BGH GRUR 2007, 607 Tz. 16; BGH GRUR 2003, 886 (887) – Erbenermittler; BGH GRUR 2000, 438 (440) – Gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge; *Melullis* (Fn. 19), Rn. 332. Für die Ausnahmen von der Regel siehe Selbige.

⁴⁶ „Aufmachungen, die mit handelsüblichen Verkaufseinheiten verwechslungsfähig sind“ in: BGH GRUR 1979, 859 (860) – Hausverbot II; „... Anzeigen ähnlich wie die Veröffentlichte“ in: BGH GRUR 1991, 254 (256) – Unbestimmter Unterlassungsantrag I. Weitere Beispiele s. *Teplitzky* (Fn. 9), Kap. 51 Rn. 8b; *Großkomm-UWG/Jacobs*, 2006, Vor § 13 D Rn. 103 ff.; *Köhler/Piper*, UWG, 3. Aufl. 2002, Vor § 13 E Rn. 281.

⁴⁷ BGH GRUR 2006, 421 ff.

⁴⁸ OLG Stuttgart, Urteil vom 21.08.2008 – 2 U 41/08, BeckRS 2009, 04601.

⁴⁹ BGH GRUR 1984, 593 ff. – adidas-Sportartikel

formulieren und dabei nicht die Grenzen der konkreten Verletzungsform zu überschreiten. Die Anwendung der Kerntheorie erfolgt in der wettbewerbsrechtlichen Praxis zu unterschiedlichen Zeitpunkten einer wettbewerbsrechtlichen Streitigkeit, worauf im Folgenden eingegangen wird.

D. Auslegung vertraglicher Unterlassungsverpflichtungen: Die Auslegung der strafbewehrten Unterwerfungserklärung

Im Wettbewerbsrecht existiert ein „zweistufiges Vorgehen“, um wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten zu klären. Bevor der Gläubiger gerichtlich gegen den Schuldner vorgeht (unabhängig davon, ob es sich dabei um ein Verfügungs- oder Hauptsacheverfahren handelt), sollte er ihn abmahnen und die Abgabe einer strafbewehrten Unterwerfungserklärung fordern. Ansonsten könnte es passieren, dass der Schuldner gem. § 93 ZPO den Anspruch in der ersten mündlichen Verhandlung anerkennt und der Gläubiger die Prozesskosten tragen muss. Ein Großteil der wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten wird so schon auf einer vorprozessualen Stufe geklärt. Nach der Abmahnung gibt der Schuldner meist eine strafbewehrte Unterwerfungserklärung ab, mit der rechtlichen Wirkung, dass die Vermutung der Wiederholungsgefahr entfällt und eine Unterlassungsklage unbegründet wird.⁵⁰

Für die strafbewehrte Unterwerfungserklärung wird die Kerntheorie an zwei Punkten relevant: Zum einen bei der Formulierung der Unterwerfungserklärung (I.) und zum anderen bei der Bestimmung des Schutzzumfangs der Unterwerfungserklärung (II.).

I. Die Bedeutung der Kerntheorie bei der Formulierung der strafbewehrten Unterwerfungserklärung

Bei der Formulierung einer strafbewehrten Unterwerfungserklärung erlangt die Kerntheorie Bedeutung, weil die Unterwerfungserklärung nur einen Sinn macht, wenn sie einen Prozess vermeiden kann und das kann sie nur, wenn sie die Vermu-

tung der Wiederholungsgefahr ausräumt.⁵¹ Nach ständiger Rechtsprechung⁵² erstreckt sich die Vermutung der Wiederholungsgefahr nicht allein auf identische Verletzungshandlungen, sondern auf alle im Kern gleichartigen Verletzungshandlungen.⁵³ Demzufolge muss eine Unterwerfungserklärung idealerweise so formuliert sein, dass sie den „Kern der Verletzungshandlung“ bezeichnet, um die Wiederholungsgefahr ausräumen zu können.⁵⁴

Nach der Rechtsprechung des BGH ist der Gläubiger grundsätzlich berechtigt, eine umfassende Unterwerfungserklärung zu verlangen.⁵⁵ Eine andere Handhabung wäre ein zu großes Risiko für den Gläubiger und nicht tragbar,⁵⁶ denn er könnte sich nicht darauf verlassen, dass später die Gerichte bei der Auslegung einer auf die konkrete Verletzungshandlung beschränkten Unterwerfungserklärung einen über deren Wortlaut hinausgehenden Inhalt akzeptieren.⁵⁷ Zudem ist es Sache des Schuldners, die zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr erforderliche Erklärung abzugeben.⁵⁸ Er ist dafür verantwortlich Zweifel am Inhalt der Unterwerfungserklärung auszuräumen und die Ernsthaftigkeit

⁵¹ *Baumbach/Hefermehl*, UWG (2001), Einl. UWG Rn. 270; *Ahrens/Deutsch* (Fn. 8), Kap. 1 Rn. 57; *Pokrant* in FS-Erdmann, 2002, S. 863 (864).

⁵² BGH GRUR 1997, 379 (380) – Wegfall der Wiederholungsgefahr II; BGH GRUR 2003, 899 (900) – Olympiasiegerin; BGH GRUR 1996, 290 (291) – Wegfall der Wiederholungsgefahr I; BGH WRP 1997, 1067 (1069) – Sekunden-schnell, OLG Stuttgart, Urteil vom 21.08.2008 – 2 U 41/08, BeckRS 2009, 04601, (II. 1. a. a) aa) Absatz 5).

⁵³ BGH GRUR 2000, 907 (908) – Filialleiterfall; BGH GRUR 2000, 337 (338) – Preisknaller; BGH GRUR 1997, 379 (380) – Wegfall der Wiederholungsgefahr II; BGH GRUR 1989, 445 (446) – Professorenbezeichnung in der Arztwerbung.

⁵⁴ *Ahrens/Schulte* (Fn. 8), Kap. 8 Rn. 13; *Tep-litzky*, WRP 1990, 26; *Oppermann*, WRP 1989, 713 (716); *Harte/Henning/Brüning*, UWG, § 12, Rn. 147; *Köhler/Piper*, UWG, Vor 13 E Rn. 215.

⁵⁵ BGH GRUR 1997, 379 (380) – Wegfall der Wiederholungsgefahr II; *Ahrens/Schulte* (Fn. 8), Kap. 8 Rn. 11; *Melullis* (Fn. 19), Rn. 648.

⁵⁶ *Ahrens/Schulte* (Fn. 8), Kap. 8 Rn. 11.

⁵⁷ BGH WRP 1997, 1067 (1069) – Sekunden-schnell; BGH GRUR 2003, 450 (451 f.) – Be-grenzte Preissenkung.

⁵⁸ Vgl. BGH GRUR 2007, 607 (610) – Telefon-werbung für Individualverträge; *Köhler/Born-kamm*, UWG, § 12 Rn. 1.17.

⁵⁰ BGH GRUR 1997, 379 (380) – Wegfall der Wiederholungsgefahr II; BGH GRUR 1994, 443 (445) – Versicherungsvermittlung im öffentlichen Dienst; *Ahrens/Schmukle* (Fn. 8), Kap. 44 Rn. 18; *Harte/Henning/Brüning*, UWG, 2004, § 12, Rn. 170 f.

seiner Unterlassungsabsicht deutlich zu machen.⁵⁹ Nur weil die Rechtsprechung Sanktionen auf Umgehungshandlungen erstreckt, heißt das nicht, dass der Schuldner auch ernsthaft zu deren Unterlassung bereit ist.⁶⁰

Konsequenz dieser Rechtsprechung ist, dass eine zu eng formulierte Verpflichtungserklärung - die sich nur auf die konkrete Verletzungshandlung beschränkt - die Wiederholungsgefahr nicht für gleichartige Verstöße ausräumt.⁶¹ Der Gläubiger kann dann gerichtlich mit einem erweiterten Antrag vorgehen - in dem er die konkrete Verletzungshandlung aus seinem Antrag ausnimmt - ohne der Gefahr einer Kostenpflicht nach § 93 ZPO ausgesetzt zu sein.⁶² Etwas anderes gilt, wenn der Gläubiger eine zu enge Unterwerfungserklärung vorformuliert und dem Abmahnschreiben beilegt. In einem solchen Fall entfällt die Wiederholungsgefahr auch dann, wenn mit der Unterwerfungserklärung nur eine Verpflichtung zum Unterlassen der konkreten Verletzungshandlung abgegeben wird.⁶³

Ebenso kann der Gläubiger zu weitgehende/unbestimmte Unterwerfungserklärungen ablehnen, ohne Rechtsnachteile erwarten zu müssen. Beispielsweise wäre eine Unterwerfungserklärung, die nur den Gesetzestext wiederholt, zu unbestimmt.⁶⁴

Das bedeutet jedoch nicht, dass Unterwerfungserklärungen, die diesen Anforderungen nicht genügen, also entweder zu eng oder zu weit gefasst sind, nicht annahmefähig sind. Insoweit gilt ausschließlich der Grundsatz der Privatautonomie, der seine Grenzen nur in den Generalklauseln der

§§ 134, 138, 242, 826 BGB sowie in dem Gebot der Bestimmtheit der vertraglichen Verpflichtung findet.⁶⁵

II. Bedeutung der Kerntheorie bei der Auslegung strafbewehrter Unterlassungserklärungen

1. Grundsatz

Wird nach einer weiteren wettbewerbswidrigen Handlung die vereinbarte Vertragsstrafe eingeklagt, so entsteht häufig Streit über den Schutzzumfang der Unterwerfungserklärung. Wie in unserem Ausgangsfall stellt sich die Frage, ob die neue Verletzungshandlung von dem durch die Unterwerfungsvereinbarung begründeten vertraglichen Unterlassungsanspruch erfasst wird. Das erkennende Gericht hat dann die Aufgabe, den Schutzzumfang der Unterlassungsverpflichtung zu ermitteln. Da die Unterlassungsverpflichtung vertraglichen Charakter hat, finden die allgemeinen Regeln der Vertragsauslegung gem. §§ 133, 157 BGB Anwendung.⁶⁶ Demnach sind, wenn der Wortlaut einer Unterwerfungserklärung auslegungsbedürftig ist, die beiderseits bekannten Umstände, der Zweck der Vereinbarung sowie die Art und Weise ihres Zustandekommens, die wettbewerbsrechtlich relevante Beziehung zwischen den Vertragspartnern und ihre Interessenlage zur Auslegung heranzuziehen.⁶⁷ Es ist nach dem objektiv erkennbaren Erklärungsinhalt des Unterlassungsversprechens zu forschen.⁶⁸ Grundsätzlich hat der BGH klargestellt, dass den Parteien ohne besondere

⁵⁹ BGH GRUR 1996, 290 (291) - Wegfall der Wiederholungsgefahr I.

⁶⁰ *Melullis* (Fn. 19), Rn. 649; *Harte/Henning/Brüning*, § 12, Rn. 170.

⁶¹ BGH GRUR 2000, 907 (908) - Filialleiterfall; BGH GRUR 1991, 254 (257); OLG Karlsruhe WRP 1990, 771; OLG Stuttgart WRP 1977, 820; *Harte/Henning/Brüning*, § 12, Rn. 146 f.

⁶² BGH GRUR 2000, 907 (908) - Filialleiterfall; *Großkomm-UWG/Schultz-Süchting*, § 25 D. Rn. 135; *Harte/Henning/Brüning*, UWG, § 12, Rn. 63; *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 12 Rn. 1.9.

⁶³ BGH GRUR 1996, 290 (291) - Wegfall der Wiederholungsgefahr I: Grund dafür ist, dass die vertragliche Auslegung der Unterwerfungserklärung in diesem Fall ergibt, dass auch kerngleiche Verletzungshandlungen abgedeckt werden sollen.

⁶⁴ *Ahrens/Schulte* (Fn. 8), Kap. 8 Rn. 10; *Teplitzky*, WRP 1990, 26 (27).

⁶⁵ *Ahrens/Schulte* (Fn. 8), Kap. 8 Rn. 14; *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 12 Rn. 1.17, 1.121; *Harte/Henning/Brüning*, UWG, § 12 Rn. 136.

⁶⁶ *Ahrens/Schulte* (Fn. 8), Kap. 10 Rn. 6; *Teplitzky*, WRP 1990, 26 (27); *Melullis* (Fn. 19), Rn. 636; BGH GRUR 2001, 758 (759) - Trainingsvertrag; BGH GRUR 1996, 290 (291) - Wegfall der Wiederholungsgefahr I; BGH GRUR 2003, 899 - Olympiasiegerin; BGH GRUR 2006, 878 - Vertragsstrafevereinbarung; OLG Stuttgart, Urteil vom 21.08.2008 - 2 U 41/08, BeckRS 2009, 04601, (II. 1. a) aa) Absatz 1); *Teplitzky*, WRP 1994, 709 (710).

⁶⁷ BGH GRUR 2001, 758 (759) - Trainingsvertrag; BGH GRUR 2003, 899 - Olympiasiegerin; BGH GRUR 2006, 878 Tz. 18 - Vertragsstrafevereinbarung.

⁶⁸ BGH GRUR 2001, 758 (759) - Trainingsvertrag; BGH WRP 1993, 240 (241) - Fortsetzungszusammenhang; *Teplitzky*, WRP 1994, 709 (710).

Anhaltspunkte nicht der Wille unterstellt werden kann, bei der Vereinbarung eines Unterlassungsvertrages eine Regelung gewollt zu haben, die der Rechtslage nach dem Erlass eines gleichlautenden Unterlassungstitels entspricht.⁶⁹ Die *unmittelbare* Anwendung der Kerntheorie auf die Auslegung von Unterwerfungserklärungen ist demnach ausgeschlossen. Begründet wird das dadurch, dass ein Ordnungsmittel und die Verwirkung einer Vertragsstrafe nicht ohne weiteres miteinander vergleichbar sind.⁷⁰ Das Ordnungsgeld stellt eine strafähnliche Sanktion für die Übertretung eines gerichtlichen Verbots dar, während die Vertragsstrafe im Sinn des § 339 BGB eine schuldrechtlich vereinbarte Leistung zur Sicherung der Vertragserfüllung und - je nach Inhalt des Vertrages - auch zum pauschalierten Schadenersatz ist.⁷¹

Die Rechtsprechung hat dennoch einen Weg gefunden die Kerntheorie, *mittelbar* in die Auslegung von Unterwerfungserklärungen einfließen zu lassen. Das Einfalltor für die Kerntheorie sind der Sinn und Zweck einer strafbewehrten Unterwerfungserklärung und deren interessengerechte Auslegung.⁷² Aus Sicht des Schuldners hat die Unterwerfungserklärung vor allem den Zweck, sicherzustellen, dass die durch seine wettbewerbswidrige Handlung begründete Wiederholungsgefahr entfällt.⁷³ Aus der Sicht des Gläubigers geht es - wie für den Schuldner offensichtlich ist - um die Sicherung seiner als schutzwürdig angesehenen Einzelinteressen gegen Zuwiderhandlungen.⁷⁴ Dieser Schutz würde bei einer Unterwerfungserklärung, die nur die konkrete Verletzungshandlung bezeichnet,

⁶⁹ BGH GRUR 2001, 758 (759) - Trainingsvertrag; BGH GRUR 1997, 931 (932) - Sekundenschnell; BGH GRUR 1996, 290 (291) - Wegfall der Wiederholungsgefahr I; BGH NJW-RR 2003, 1278 - Olympiasiegerin; BGH GRUR 2006, 878 Tz. 21 - Vertragsstrafevereinbarung.

⁷⁰ Siehe BGH GRUR 2001, 758 (759) - Trainingsvertrag.

⁷¹ Siehe BGH GRUR 2001, 758 (759) - Trainingsvertrag.

⁷² BGH GRUR 2001, 758 (760) - Trainingsvertrag; BGH GRUR 2003, 899 (900) - Olympiasiegerin; BGH GRUR 1997, 931 (932) - Sekundenschnell.

⁷³ BGH GRUR 2001, 758 (760) - Trainingsvertrag; Köhler/Bornkamm, UWG, § 12 Rn. 1.123.

⁷⁴ Vgl. BGH GRUR 2001, 758 (760) - Trainingsvertrag; BGH GRUR 2006, 878 Tz. 21 - Vertragsstrafevereinbarung.

ins Leere laufen. Die strafbewehrte Unterlassungserklärung dient dazu, eine gerichtliche Auseinandersetzung zu vermeiden und aus der Sicht des Gläubigers einen Unterlassungstitel zu ersetzen. Darum kommt die Rechtsprechung zu dem Schluss, dass es i. d. R. weder den Interessen des Gläubigers noch denen des Schuldners entspricht, durch die Unterlassungsverpflichtung schlechter gestellt zu werden als durch ein entsprechendes Urteil, da sonst erhebliche Wertungswidersprüche entstünden.⁷⁵

Es lässt sich feststellen, dass die Kerntheorie grundsätzlich zur Auslegung vertraglicher Unterwerfungserklärungen genutzt wird.⁷⁶ Eine weitergehende Auslegung als in den Grenzen der Kerntheorie wird im Regelfall nicht erfolgen, weil davon auszugehen ist, dass sich der Schuldner im Zweifelsfall nicht weitergehend verpflichten will, als im Fall einer entsprechenden gerichtlichen Verurteilung.⁷⁷

2. Ausnahme

Dennoch kann die Kerntheorie nicht uneingeschränkt angewendet werden. Ausnahmen ergeben sich für die Fälle, in denen die interessengerechte vertragliche Auslegung zu einem anderen objektiv erkennbaren Erklärungsinhalt der Unterwerfungserklärung führt. Dies betrifft Einzelfälle, in denen sich bei Berücksichtigung der Begleitumstände des Zustandekommens der Unterwerfungserklärung ergibt, dass der Schutzzumfang der Unterwerfungserklärung nur auf die konkret genannte Verletzungshandlung beschränkt ist.

Bei der „Sekundenschnell“-Entscheidung⁷⁸ hatte die Klägerin die irreführende Werbeaussage „Stoppt starken Juckreiz blitzschnell“ abgemahnt und eine dementsprechende Unterwerfungserklärung von der Beklagten erhalten. Obwohl die daraufhin benutzte Werbeaussage: „Stoppt brennenden Juckreiz in Sekunden“ unter die konkrete Verletzungsform fiel, entschied der

⁷⁵ BGH GRUR 2001, 758 (760) - Trainingsvertrag; BGH GRUR 2006, 878 Tz. 21 - Vertragsstrafevereinbarung; OLG Stuttgart, BeckRS 2009, 04601 (II. 1. a) aa) Absatz 5).

⁷⁶ Ahrens/Schulte (Fn. 8), Kap. 10 Rn. 14; Melulius (Fn. 19), Rn. 636; Teplitzky, WRP 1990, 26.

⁷⁷ Teplitzky, WRP 1990, 26 (28); Ahrens/Schulte (Fn. 8), Kap. 10 Rn. 13.

⁷⁸ BGH GRUR 1997, 931 ff. - Sekundenschnell.

BGH, dass die Vertragsstrafe nicht fällig wäre. Die Auslegung des Unterlassungsvertrages ergab, dass dieser bewusst eng auf die bezeichnete konkrete Verletzungshandlung beschränkt sein sollte. Ausschlaggebend für diese Beurteilung war, wie die Beklagte den von der Klägerin vorgeformulierten Erklärungshinhalt zu verstehen hatte. Dabei kam das Gericht zu dem Ergebnis, dass die Beklagte die Reichweite der Unterlassungserklärung nur auf die erste konkrete Verletzungshandlung beziehen konnte. Denn die Beklagte hatte die Werbeaussage: „Stoppt brennenden Juckreiz in Sekunden“ bereits über einen langen Zeitraum benutzt, ohne von der Klägerin abgemahnt worden zu sein. Deswegen konnte die Beklagte davon ausgehen, dass der Klägerin ihre schon seit Jahren betriebene Werbung bekannt war und sie diese nicht zu beanstanden hatte. Sonst hätte die Klägerin diese Werbeaussage ebenfalls abgemahnt.

In der Entscheidung „Hotelfoto“⁷⁹ hat der BGH den Grundsatz aufgestellt, dass eine eher enge am Wortlaut orientierte Auslegung geboten ist, je höher die vereinbarte Vertragsstrafe im Verhältnis zur Bedeutung des gesicherten Unterlassungsanspruchs ist. Die Beklagte hatte sich vertraglich verpflichtet, es zu unterlassen, urheberrechtlich geschützte Lichtbilder ohne Genehmigung des Klägers zu vervielfältigen oder zu verbreiten. Der BGH entschied, dass die Beklagte sich nicht verpflichten wollte, auch eine Weiterverbreitung bereits verteilter Vervielfältigungen zu verhindern und dementsprechend für das Verhalten anderer Personen einzustehen. Maßgeblich für diese Auslegung war der Umstand, dass eine sehr hohe Vertragsstrafe angesetzt wurde. Für jede Zuwiderhandlung sollte die Beklagte 10 000 DM zahlen.

Diese Entscheidungen machen deutlich, dass für die Auslegung der Unterwerfungserklärung die Abmahnung und eventuelle begleitende Schriftstücke und die Umstände des Einzelfalls heranzuziehen sind. Ebenso kann die Kerntheorie nicht angewendet werden, wenn ein ihr eindeutig entgegenstehender Schuldnerwille bei der Abgabe der Unterwerfungserklärung zum Ausdruck kommt.⁸⁰ Dass ist der Fall, wenn

der Schuldner eine vom Gläubiger in einer generalisierten Fassung geforderte Unterwerfungserklärung ausdrücklich ablehnt und mit einer entsprechenden Begründung in einem Begleitschreiben statt dessen nur eine genau auf die konkrete Verletzungshandlung bezogene Unterwerfungserklärung abgibt.⁸¹ Zum Ausschalten der Kerntheorie als Auslegungsmittel genügt es jedoch nicht, lediglich eine engere Unterwerfungserklärung abzugeben, als in der Abmahnung gefordert wird. Der Gläubiger muss zusätzlich Veranlassung zu der Annahme haben, dass die Beschränkung bewusst erfolgt ist.⁸²

III. Fazit

Der Schutzzumfang einer strafbewehrten Unterwerfungserklärung bestimmt sich nach vertraglichen Auslegungsmaßstäben, was im Regelfall die Anwendung der Kerntheorie einschließt. Ausnahmen gelten dann, wenn sich aus den begleitenden Umständen der Abgabe der Unterwerfungserklärung etwas anderes ergibt.⁸³

Es dürfte im Interesse des Gläubigers und des Schuldners sein, wenn sich die wettbewerbsrechtliche Praxis dahingehend entwickelt, von vornherein zu einer Verbotsfassung zu gelangen, die naheliegende Erweiterungen schon einschließt, also eine Anwendung der Prinzipien der Kerntheorie bereits bei der Formulierung der Unterwerfungserklärung, mit der Konsequenz, dass eine Anwendung der Kerntheorie vor Gericht, eher restriktiv oder gar nicht mehr stattfinden müsste.⁸⁴ Den Gläubigerinteressen wäre Genüge getan, indem ähnliche Handlungen von der Unterwerfungserklärung abgedeckt sind. Der Schuldner könnte die Grenzen seiner Unterwerfungserklärung besser einschätzen. Denn beschränkt

(II. 1. a) aa) Absatz 5; *Pokrant*, FS Erdmann, S. 863 (865); *Teplitzky*, GRUR 2003, 272 (273).

⁸¹ Entsprechend dem Beispiel *Ahrens/Schulte* (Fn. 8), Kap. 8 Rn. 14.

⁸² BGH GRUR 2003, 899 (900) – Olympiasiegerin: Kerntheorie wurde angewendet, obwohl die Unterwerfungserklärung enger formuliert war als die Abmahnung.

⁸³ Siehe *Ahrens/Schulte* (Fn. 8), Kap. 10 Rn. 14; *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 12 Rn. 1.121; *Harte/Henning/Brüning*, UWG, § 12 Rn. 146.

⁸⁴ *Oppermann*, WRP 1989, 713 (716); *Teplitzky*, WRP 1990, 26 (28); *Köhler/Piper*, UWG, Vor 13 E Rn. 215; *Harte/Henning/Brüning*, UWG, § 12, Rn. 147.

⁷⁹ BGH GRUR 2003, 545 ff. – Hotelfoto.

⁸⁰ *Ahrens/Schulte* (Fn. 8), Kap. 8 Rn. 14; entsprechend: OLG Stuttgart, Urteil vom 21.08.2008 – 2 U 41/08, BeckRS 2009, 04601,

der Schuldner seine Unterwerfungserklärung auf die konkrete Verletzungshandlung, läuft er Gefahr, dass ihm im Unterlassungsprozess mit Erfolg entgegengehalten wird, die Wiederholungsgefahr sei nicht weggefallen, während im Vertragsstrafprozess grundsätzlich angenommen wird, die Erklärung erstrecke sich auch auf im Kern gleich Handlungen. Demzufolge sollte der Unterlassungsvertrag den Kern der Verletzungshandlung bezeichnen, entweder durch Ausformulierung der konkreten Verletzungsform oder durch eine Klarstellung, dass auch kerngleiche Handlungen erfasst sein sollen. Für beide Streitparteien würde mehr Rechtssicherheit entstehen.

E. Auslegung gesetzlicher Unterlassungsverpflichtungen: Die Anwendung der Kerntheorie im Unterlassungsprozess

Dass die Kerntheorie zur Auslegung von Unterlassungsverpflichtungen angewendet wird, oder besser, zur Bestimmung des Schutzzumfangs einer Unterlassungsverpflichtung, ist bereits hinreichend deutlich geworden.

Nunmehr wird erörtert, wo die Kerntheorie in einem Unterlassungsprozess zur Anwendung *kommt* (I.) und wo die Kerntheorie in einem Unterlassungsprozess tatsächlich zur Anwendung *kommen sollte* (II.).

I. Anwendung der Kerntheorie im Unterlassungsprozess

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH kann die Kerntheorie schon bei der Antragsformulierung zum Ausdruck kommen - Kerntheorie I - (1.) oder aber erst bei der Titelauslegung angewendet werden - Kerntheorie II - (2.). Diese beiden Möglichkeiten der Anwendung der Kerntheorie werden im Folgenden eingehend betrachtet.

1. Kerntheorie I

Die Kerntheorie wird im Erkenntnisverfahren bei der Antragsformulierung angewendet.⁸⁵ Die dadurch erfolgende Verallgemeinerung im Unterlassungsantrag wird von

⁸⁵ BGH GRUR 2006, 421 Tz. 39 - Markenparfümverkäufe; BGH GRUR 2000, 337 (338) - Preisknaller; BGH GRUR 2000, 907 (909) - Filialleiterfehler; BGH GRUR 1994, 844 - Rotes Kreuz; BGH GRUR 1991, 254 (257) - Unbestimmter Unterlassungsantrag I.

Rechtsprechung und Literatur sowohl im Hinblick auf die Einhaltung des Bestimmtheitsanfordernisses als auch bei der Feststellung einer Begehungsgefahr akzeptiert.⁸⁶

Entspricht die formulierte konkrete Verletzungsform im Antrag dem materiellrechtlichen Anspruch ergeben sich keine Probleme. Der Kläger wird bei entsprechender Beweislage den Anspruch zuerkannt bekommen.⁸⁷ Jedoch ist das Herausfiltern der konkreten Verletzungsform nicht immer einfach. Es gibt zwei Hürden, die bei der Antragsformulierung eine Gefahr für den Prozess Erfolg des Klägers darstellen können. Zum einen dass prozessuale Bestimmtheitsgebot nach § 253 II Nr. 2 ZPO und zum anderen das materiellrechtliche Konkretisierungsgebot.⁸⁸ Ein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot führt zur vollständigen Abweisung der Klage als unzulässig⁸⁹ (a.). Eine Antragsformulierung die die Grenzen der Kerntheorie I überschreitet, macht die Klage ganz oder teilweise unbegründet mit der entsprechenden Kostenfolge des § 92 I 1 ZPO (c.)⁹⁰.

a) Bestimmtheitsgebot nach § 253 II Nr. 2 ZPO

Der Antrag ist nach § 253 II Nr. 2 ZPO hinreichend bestimmt, wenn er das Begehren des Klägers eindeutig beschreibt und der ihm folgende Tenor eine geeignete

⁸⁶ Ahrens/Ahrens (Fn. 8), Kap. 36, Rn. 68; *Teplitzky* (Fn. 9), Kap. 51 Rn. 8b, 17, 14; Ahrens/*Jestaedt* (Fn. 8), Kap. 22 Rn. 11; *Berneke*, WRP 2007, 579 (580); *Baumbach/Hefermehl* UWG (2001), Einl. UWG Rn. 462; BGH GRUR 2006, 421 Tz. 39 - Markenparfümverkäufe; BGH GRUR 1991, 254 (257) - Unbestimmter Unterlassungsantrag I.

⁸⁷ *Borck*, GRUR 1996, 522 (523); vgl. BGH GRUR 2006, 421 Tz. 39 - Markenparfümverkäufe; BGH GRUR 2000, 337 (338) - Preisknaller.

⁸⁸ *Teplitzky*, FS Oppenhoff, 1995, S. 487 (490 ff.); *Teplitzky* (Fn. 9), Kap. 51 Rn. 4; *Borck*, WRP 2000, 824 (825); MüKo-ZPO/*Becker-Eberhard*, 1992, § 253, Rn. 135; Ahrens/*Jestaedt* (Fn. 8), Kap. 22 Rn. 8.

⁸⁹ BGH GRUR 1963, 218 (220) - Mampe Halb und Halb II m. Anm. Heydt; *Teplitzky* (Fn. 9), Kap. 51 Rn. 5 (mit Beispielen).

⁹⁰ Ahrens/*Jestaedt* (Fn. 8), Kap. 22 Rn. 8; *Teplitzky* (Fn. 9), Kap. 51 Rn. 6, 7 (mit Beispielen); *Baumbach/Hefermehl*, UWG (2001), Einl. UWG Rn. 457b, 460; *Teplitzky*, FS Oppenhoff, S. 487 (492).

Grundlage für das Vollstreckungsverfahren bildet.⁹¹ Der Beklagte muss erkennen können, wogegen er sich verteidigen soll⁹² und was er bei einer entsprechenden Verurteilung künftig zu unterlassen hat. Es darf keine Unsicherheit über Gegenstand und Umfang des Verbots verbleiben.⁹³ Demnach verstößt die Verwendung von auslegungsbedürftigen Begriffen gegen das Bestimmtheitserfordernis.⁹⁴ So ist die bloße Wiederholung der Verbotsnorm des Gesetzestextes unzulässig.⁹⁵

Diese Einschränkungen entsprechen zwar den Anforderungen an die Verallgemeinerung, die bei der Kerntheorie erfolgt. Sie bedeuten jedoch nicht, dass ein Antrag unzulässig wird, wenn das Klagebegehren nicht die konkrete Verletzungsform bezeichnet. Für die Bestimmtheit des Unterlassungsantrages nach § 253 II Nr. 2 ZPO spielt es keine Rolle, ob sich das Begehren von der konkreten Verletzungsform entfernt oder den Kern der Verletzungshandlung trifft.⁹⁶ Das ist vielmehr eine Frage

⁹¹ BGH GRUR 1991, 254 (256) – Unbestimmter Unterlassungsantrag I; BGH WRP 1992, 482 (483) – Ortspreis; BGH GRUR 1998, 489 (491) – Unbestimmter Unterlassungsantrag III; Ahrens/*Jestaedt* (Fn. 8), Kap. 22 Rn. 9; Großkomm-UWG/*Jacobs* Vor § 13 D Rn. 103, 114; *Melullis* (Fn. 19), Rn. 315.

⁹² BGH GRUR 1991, 254 (256) – Unbestimmter Unterlassungsantrag I; BGH GRUR 1992, 561 – Unbestimmter Unterlassungsantrag II; BGH GRUR 1998, 489 (491) – Unbestimmter Unterlassungsantrag III; Ahrens/*Jestaedt* (Fn. 8), Kap. 22 Rn. 9; *Teplitzky* (Fn. 9), Kap. 51 Rn. 8.

⁹³ BGH GRUR 1998, 489 (491) – Unbestimmter Unterlassungsantrag III; OLG Hamburg WRP 1993, 496 (497); Ahrens/*Jestaedt* (Fn. 8), Kap. 22 Rn. 9.

⁹⁴ Ahrens/*Jestaedt* (Fn. 8), Kap. 22 Rn. 10; *Teplitzky* (Fn. 9), Kap. 51 Rn. 8b ff. (mit Beispielen); *Baumbach/Hefermehl* (2001), Einl. UWG Rn. 462; *Zöller/Greger*, ZPO, 25. Aufl. 2005, § 253 Rn. 13b; BGH GRUR 1998, 489 (491) – Unbestimmter Unterlassungsantrag III.

⁹⁵ BGH GRUR 2000, 438 (440) – Gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge; BGH WRP 1992, 482 (483) – Ortspreis; Ahrens/*Jestaedt* (Fn. 8), Kap. 22 Rn. 10; *Teplitzky* (Fn. 9), Kap. 51 Rn. 8a.

⁹⁶ *Teplitzky* (Fn. 9), Kap. 51 Rn. 11; Ahrens/*Jestaedt* (Fn. 8), Kap. 22 Rn. 8; *Borck*, WRP 2000, 824 (826 f.); *Kurtze*, FS Nirk, S. 571 (575 f.); *Zöller/Greger*, ZPO, § 253 Rn. 13b; *Kramer*, Unterlassungstitel, S. 37 ff. (mit Beispielen); BGH WRP 2001, 1291 (1292) – SOOO ... BILLIG.

der Begründetheit. Auch ein Antrag, mit dem klar und eindeutig die Unterlassung einer bestimmten Handlung begehrt wird, die überhaupt nichts mit der begangenen Verletzungshandlung zu tun hat, ist im Sinn der ZPO ein „bestimmter“ Antrag.⁹⁷ Deswegen *kann* ein Verstoß gegen die Prinzipien der Kerntheorie den Antrag unzulässig machen, muss es aber nicht.

b) Hinweis- und Klärungspflicht nach § 139 ZPO

Die Gefahr der Unzulässigkeit des Antrags bei (nicht richtiger) Anwendung der Kerntheorie I kann weitgehend ausgeräumt werden. Gemäß § 139 ZPO hat das Gericht darauf hinzuwirken, dass die Parteien sachdienliche Anträge stellen.⁹⁸ Nach dieser durch § 139 ZPO begründeten Klärungs- und Hinweispflicht hat das Gericht den Kläger darauf hinzuweisen, wenn sein Antrag wegen Unbestimmtheit hinsichtlich des begehrten Verbots unzulässig ist.⁹⁹ Verstößt das Gericht gegen diese Pflicht nach § 139 ZPO, begründet das einen Verfahrensmangel.¹⁰⁰

c) Materieilrechtliches Konkretisierungsgebot

Die Gefahr, dass der Antrag als (teilweise) unbegründet abgewiesen wird, liegt - abgesehen von dem hier zu unterstellenden Vermögen, das richtig gefundene Begehren sprachlich zutreffend auszudrücken - ausschließlich in der Bestimmung der konkreten Verletzungsform (=Konkretisierungsgebot)¹⁰¹. Keine Probleme ergeben sich,

⁹⁷ *Teplitzky* (Fn. 9), Kap. 51 Rn. 11; *Kurtze*, FS Nirk, S. 571 (575 f.).

⁹⁸ *Teplitzky* (Fn. 9), Kap. 51 Rn. 10; MüKo-ZPO/*Lüke*, 1992, § 253 Rn. 90; MüKo-ZPO/*Musielak*, 1992, § 308 Rn. 6; *Borck*, WRP 2000; 824 (828); *Zöller/Greger*, ZPO, § 253 Rn. 13.

⁹⁹ *Borck*, GRUR 1996, 522 (525), MüKo-ZPO/*Musielak*, 1992, § 308 Rn. 6, *Musielak/Stadler*, ZPO, 4. Aufl. 2005, § 139 Rn. 10.

¹⁰⁰ Die unterbliebene Aufklärung kann bei schweren Fehlern eine Zurückverweisung durch das Berufungsgericht rechtfertigen § 538 II 1 Nr. 1 ZPO. Vgl. *Musielak/Stadler*, ZPO, § 139 Rn. 4; MüKo-ZPO/*Peters*, 1992, § 139 Rn. 61.

¹⁰¹ Der Antrag darf Kern der Verletzungshandlung nicht überschreiten. Vgl. MüKo-ZPO/*Becker-Eberhard*, 1992, § 253, Rn. 135; Ahrens/*Jestaedt* (Fn. 8), Kap. 22 Rn. 8; Großkomm-UWG/*Jacobs*, Vor § 13 Rn. 125.

wenn der Kläger die Kerntheorie richtig anwendet und den Antrag in den Grenzen der konkreten Verletzungsform stellt. Geht der gestellte Antrag über die konkrete Verletzungsform hinaus, dann wird das Gericht, wenn die Antragsformulierung das zulässt, die konkrete Verletzungsform enger beschreiben und die Klage im übrigen abweisen. Wenn eine Einschränkung des Streitgegenstandes im Einzelfall nicht möglich ist, wird das Gericht die Klage ganz abweisen.¹⁰²

d) Der „insbesondere“ - Zusatz

Um dieser Gefahr einer Abweisung der Klage wegen Unbegründetheit entgegen zu wirken, weil der Kläger falsch abstrahiert und dadurch sein Antrag über die konkrete Verletzungsform hinaus geht oder sie sogar verfehlt, wurde der „insbesondere“ - Zusatz entwickelt.¹⁰³

Der Kläger formuliert abstrakt die konkrete Verletzungsform als Obersatz und setzt daran zur Konkretisierung seines Begehrens den „insbesondere“ - Zusatz, der die konkrete Verletzungshandlung bezeichnet. Angewendet auf unseren Beispielfall würde der Antrag wie folgt lauten: *Es wird beantragt, den Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken für Geräte der Unterhaltungselektronik in der Presse zu werben, sofern diese am ersten Werktag nach dem Tag des Erscheinens der Werbung nicht vorrätig sind. Insbesondere es zu unterlassen im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken für die „Videokamera X“ und den „Fernseher Y“ in dem in P erscheinenden Lokalanzeiger zu werben, sofern diese am ersten Werktag nach dem Tag des Erscheinens der Werbung nicht vorrätig sind.*

Der mit „insbesondere“ eingeleitete Teil des Klageantrags soll verdeutlichen, worin der Kern des wettbewerbswidrigen Verhaltens liegt.¹⁰⁴ Er enthält daher weder eine

Einschränkung noch eine Erweiterung des im Obersatz begehrten Klagebegehrens.¹⁰⁵

Der Kläger macht mit dem „insbesondere“ - Zusatz deutlich, dass die konkrete Verletzungshandlung als Minus in seinem möglicherweise zu weit gefassten Unterlassungsbegehren enthalten ist.¹⁰⁶ Folglich darf die Klage nur insoweit abgewiesen werden, als der Antrag über die konkrete Verletzungsform hinausgeht.¹⁰⁷ Dem „insbesondere“ - Antrag¹⁰⁸ kommt damit eine Schutzfunktion zu. Er verhindert eine volle Klageabweisung und erreicht zumindest, dass das Gericht dem Unterlassungsantrag hinsichtlich der konkreten Verletzungshandlung entspricht.¹⁰⁹

e) Schlussfolgerung

Die Probleme, die bei der Anwendung der Kerntheorie I für die Antragsformulierung

§ 13 E Rn. 290; BGH GRUR 1996, 793 (795) - Fertiglensebrillen BGH GRUR 2003, 886 (887) - Erbenermittler.

¹⁰⁵ Ahrens/Jestaedt (Fn. 8), Kap. 22 Rn. 28; Teplitzky (Fn. 9), Kap. 51 Rn. 39; Köhler/Piper, UWG, Vor § 13 E Rn. 290; Kurtze, FS Nirk, S. 583; Großkomm-UWG/Jacobs, Vor §13 D Rn. 146 f.; BGH GRUR 1991, 772 (773) - Anzeigenrubrik I.

¹⁰⁶ Um ein Aliud vom Minus abzugrenzen ist der Wille des Klägers ausschlaggebend. Im Zweifel hat der Richter durch entsprechendes nachfragen eine Klärung herbeizuführen (§ 139 I ZPO). Siehe MüKo-ZPO/Musielak, 1992, § 308 Rn. 7.

¹⁰⁷ Berneke, WRP 2007, 579 (580); Zöller/Vollkommer, ZPO, § 308 Rn. 4; BGH GRUR 2003, 886 (887) - Erbenermittler; BGH GRUR 1999, 760- Auslaufmodelle II.

¹⁰⁸ Wird auch als „Quasi-Hilfsantrag“ bezeichnet. Der „insbesondere“-Antrag ist zwar von der Motivation her ebenso eine Art Hilfsantrag, wird aber nicht als Hilfsantrag gestellt, sondern unbedingt und vorrangig. Vgl. Borck, WRP 1979, 180 (184); Berneke, WRP 2007, 579 (584); Teplitzky (Fn. 9), Kap. 51 Rn. 30; Großkomm-UWG/Jacobs, Vor § 13 Rn. 144; Gloy/Seibt, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 2. Aufl. 1986, § 70 Rn. 7; BGH GRUR 2003, 886 (887) - Erbenermittler, BGH GRUR 1999, 760 - Auslaufmodelle II.

¹⁰⁹ Kurtze, FS Nirk, S. 571 (576 f.); Borck, WRP 1979, 180 (184); Berneke, WRP 2007, 579 (584); Ahrens/Jestaedt (Fn. 8), Kap. 22 Rn. 28; Baur, in: Handbuch des vorläufigen Rechtsschutzes, 2. Aufl. 2009, Teil H Rn. 333, BGH GRUR 1978, 649 (650) - Elbe-Markt; BGH GRUR 1991, 772 (773) - Anzeigenrubrik I; BGH GRUR 1996, 793 (795) - Fertiglensebrillen; BGH GRUR 1999, 760 - Auslaufmodelle II.

¹⁰² Borck, GRUR 1996, 522 (523); Teplitzky (Fn. 9), Kap. 51 Rn. 13. Beispielhaft: BGH GRUR 2000, 436 (437) - Ehemalige Herstellerpreisempfehlung; BGH GRUR 2001, 446 (447) - 1 Pfennig-Farbbilder.

¹⁰³ Kurtze, FS Nirk, S. 571; Borck, WRP 1979, 180 (184).

¹⁰⁴ Borck, WRP 1981, 248 (254); Ahrens/Jestaedt (Fn. 8), Kap. 22 Rn. 28; Teplitzky (Fn. 9), Kap. 51 Rn. 37; Köhler/Piper, UWG, Vor

auftauchen, werden Dank der zivilprozessrechtlichen Korrekturhilfen auf ein hinnehmbares Maß reduziert. § 139 ZPO und der „insbesondere“ – Zusatz sichern den Kläger hinreichend ab. Ist die konkrete Verletzungsform zu weit gefasst oder zu unbestimmt, kann das durch eine teilweise Klagerücknahme nach § 269 ZPO behoben werden.¹¹⁰ Wenn der Kläger den Antrag nicht abändert, wird das Gericht ihm ein Minus zusprechen und die Klage teilweise als unbegründet abweisen.¹¹¹ Zudem hat die Frage, was den Kern einer konkreten Verletzungshandlung ausmacht, durch jahrzehntelange Rechtsprechung eine Konkretisierung erfahren, so dass die Anwälte regelmäßig einschätzen können (sollten), wie sie einen Antrag zu formulieren haben.¹¹²

2. Kerntheorie II

Die Kerntheorie wird weiterhin im Vollstreckungsverfahren angewendet, um den Schutzzumfang eines Unterlassungstitels zu bestimmen.¹¹³ Obwohl die Möglichkeit besteht, sich in der Antragsformulierung schon den Schutzzumfang der Kerntheorie zuzusichern, wird es in der Praxis in zunehmendem Maße vorgezogen, den Antrag der konkreten Verletzungshandlung eng anzupassen.¹¹⁴ Bezeichnend sind insoweit Anträge, die dahin gehen, es dem „Beklagten zu verbieten, zu werben, wie aus der

mit dem Urteil verbundenen Anlage zu ersehen ist“.¹¹⁵ Die Vorteile einer solchen Formulierung liegen auf der Hand. Der Anwalt umgeht die Probleme bei der Antragsstellung. Seine Klage hat hohe Erfolgsaussichten, während das Kosten-¹¹⁶ und Schadensersatzrisiko¹¹⁷ gering gehalten werden. Zudem bleibt die begründete Hoffnung, dass bei „Umgehungsfällen“ in der Vollstreckungsinstanz qua Kerntheorie II doch noch die hypothetische, weitere Fassung des Verbots zu Grunde gelegt wird.¹¹⁸ Allerdings ist die Heranziehung der Kerntheorie II zur Auslegung von Urteilen zum Teil kritisch zu beurteilen. Zum einen ist fraglich, ob die Kerntheorie II überhaupt mit dem zivilprozessrechtlichen und verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot vereinbar ist (a.). Zum anderen treten durch die Auslegungsbedürftigkeit des Verbotsumfangs Titelstreitigkeiten auf (b.).

a) Bestimmtheitsgebot zivilprozessrechtlicher und verfassungsrechtlicher Art

Vereinzelt¹¹⁹ wird in der Anwendung der Kerntheorie II ein Verstoß gegen das „Bestimmtheitsgebot“ von Urteilen gesehen. Zum einen gegen das zivilprozessrechtliche Gebot, dass der Tenor hinreichend bestimmt sein muss¹²⁰ und zum anderen gegen den strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz - *nulla poena sine lege*¹²¹ - der Verfassungsrang genießt und in Art. 103 II GG manifestiert ist.¹²²

Das zivilprozessrechtliche Bestimmtheitsgebot ergibt sich aus § 890 ZPO i. V. m.

¹¹⁰ In der Klagebeschränkung liegt eine teilweise Klagerücknahme. Sie ist keine Klageänderung gem. § 264 Nr. 2 ZPO. Vgl. Zöller/Greger, ZPO, § 265 Rn. 4a.

¹¹¹ Das Minus ist im Antrag nach § 308 ZPO enthalten und deshalb kein Verstoß gegen die Dispositionsmaxime, s. MüKo-ZPO/Musielak, 1992, § 308 Rn. 6; Zöller/Vollkommer, ZPO, § 308 Rn. 2; BGH GRUR 1999, 760 – Auslaufmodelle II.

¹¹² Scharen, FS Erdmann, S. 877 (885): „ [Es gehört] kein Mut mehr dazu, den Unterlassungsantrag [...] in einer verallgemeinernden Form zu stellen.“

¹¹³ Ahrens/Jestaedt (Fn. 8), Kap. 35 Rn. 8; Ahrens/Ahrens (Fn. 8), Kap. 65 Rn. 6; Teplitzky (Fn. 9), Kap. 57 Rn. 12; Melullis (Fn. 8), Rn. 943; BGH GRUR 1989, 445 – Professorenbezeichnung in der Arztwerbung; BGH GRUR 2006, 421 Tz. 27 – Markenparfümverkäufe.

¹¹⁴ In solchen Fällen kann gem. § 308 ZPO nicht mehr verboten werden, als beantragt worden ist (Dispositionsmaxime). Borck, GRUR 1996, 522 (523); Musielak/Musielak, ZPO, § 308 Rn. 7.

¹¹⁵ Borck, GRUR 1996, 522 (523); Borck, Die anwaltliche Praxis in Wettbewerbssachen, 1992, Rn. 148.

¹¹⁶ Kostenrisiko aus § 91 ZPO.

¹¹⁷ Schadensersatzrisiko aus § 945 ZPO.

¹¹⁸ Borck, GRUR 1996, 522 (523).

¹¹⁹ Siehe Borck, WRP 1979, 180 f.; Schubert, ZJP 1972, 29 (39, 51); Kramer, Unterlassungstitel, S. 18 f., 88 f.; auch Teplitzky, WRP 1999, 75 (76 a.E.) äußert Bedenken; teilweise Bedenken Fritzsche, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage, 2000, S. 232 ff.

¹²⁰ Borck, WRP 1979, 180.

¹²¹ „Keine Strafe ohne Gesetz“.

¹²² Ob eine unmittelbare oder analoge Anwendung von Art. 103 II GG erfolgt, kann für die weitere Streitdarstellung dahingestellt bleiben. Direkte Anwendung z.B. Borck, WRP 1979, 180 (181) und analoge Anwendung z.B. Schubert, ZJP 1972, 29 (39).

§ 253 II Nr. 2 ZPO.¹²³ Der Zweck eines Titels ist es, die Zwangsvollstreckung zu ermöglichen. Damit geht einher, dass Art und Umfang der Unterlassungsverpflichtung sich eindeutig aus der Urteilsformel (Tenor) ergeben müssen.¹²⁴ Dem Schuldner muss aus der Urteilsformel ersichtlich sein, was ihm verboten ist.¹²⁵

Das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot ergibt sich aus Art. 103 II GG. Dieser verlangt, dass die Strafbarkeit für eine Handlung vor der Tat gesetzlich bestimmt sein muss. Die Anwendung des Rechtsgedankens aus Art. 103 II GG auf Unterlassungsurteile, ist eine Konsequenz aus der besonderen Vollstreckung von Unterlassungsurteilen nach § 890 ZPO. Nach ganz h. M. hat § 890 ZPO strafähnlichen Charakter.¹²⁶

Daraus ziehen die Kritiker der Kerntheorie II die Konsequenz, dass ein Urteil aus dem nach § 890 ZPO vollstreckt wird, wie ein Strafgesetz hinreichend bestimmt sein muss. Die Auslegung des Urteils darf die durch den Wortlaut gezogenen Grenzen nicht überschreiten und wie bei einem Strafgesetz muss dem Schuldner bereits aus der Formulierung klar sein, wann er gegen das Urteil verstößt.¹²⁷ Bei der Zubiligung eines Schutzzumfangs über das eigentliche Verbot hinaus (Kerntheorie II), handelt es sich eindeutig nicht mehr um

eine Auslegung des Tenors, sondern um dessen analoge Anwendung, was einen Verstoß gegen Art. 103 II GG darstellt.¹²⁸

Dieser Argumentation haben die Verfechter der Kerntheorie II entgegenzusetzen, dass sie nur eine Auslegung des Urteilstenors und keine Analogiebildung vornehmen, weil es sich bei der Anwendung der Kerntheorie II nicht um eine echte Titelerweiterung durch Analogie handelt, sondern nur darum ein „im Kern“ feststehendes Verbot anzuwenden.¹²⁹ Der Schutzzumfang ist nötigenfalls nach der Rechtsprechung aus dem Tatbestand und den Entscheidungsgründen¹³⁰ durch Auslegung zu ermitteln. Danach wird im Vollstreckungsverfahren nur relevant, was bereits implizit Gegenstand der Prüfung im Erkenntnisverfahren war.¹³¹ Ein Verstoß gegen Art. 103 II GG würde somit nicht vorliegen.¹³²

Desweiteren stellte das Bundesverfassungsgericht¹³³ 1991 klar, dass Art. 103 II GG im zivilgerichtlichen Verfahren nicht anwendbar ist. Durch diese höchstrichterliche Entscheidung konnte der Streit dennoch nicht beendet werden. Das Bundesverfassungsgericht hat ihn nur auf eine andere Ebene verlagert. Denn der strafrechtliche Charakter von § 890 ZPO setzt voraus, dass der Täter (Unterlassungsschuldner) mit Schuld gehandelt hat. Wenn jemand allerdings den Umfang des Verbots (und damit seine Strafe) nicht kennt, ist schon fraglich, inwieweit er überhaupt schuldhaft handeln konnte. Der Schuldgrundsatz ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip, während die Ahndung einer Tat ohne Schuld des Täters gegen sein

¹²³ Siehe BGH WRP 1992, 482 (483) – Ortspreis; BGH GRUR 1991, 380 – Flacon.

¹²⁴ BGH WRP 1992, 482 (483) – Ortspreis; BGH GRUR 1991, 380 – Flacon; *Teplitzky* (Fn. 9), Kap. 57 Rn. 5; *Musielak/Foerste*, ZPO, § 253 Rn. 29; *Zöllner/Greger*, ZPO, § 253 Rn. 13.

¹²⁵ *Borck*, GRUR 1996, 522 (524); *Borck*, WRP 1979, 180 (184); *Ahrens/Jestaedt* (Fn. 8), Kap. 22 Rn. 9; *Brox/Walker*, ZwangsvollstreckungsR, Rn. 1097; BGH GRUR 2000, 438 (440) – Gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge; OLG Hamburg WRP 1993, 496 (497).

¹²⁶ *Teplitzky* (Fn. 9), Kap. 57 Rn. 13; BVerfGE 58, 159 (160 f.); BVerfGE NJW 1991, 3139; *Musielak/Lackmann*, ZPO, § 890 Rn. 5; *Stein/Jonas/Brehm*, ZPO, 21. Aufl. 1996, § 890 ZPO, Rn. 3; OLG Stuttgart WRP 1982, 53; *Zöllner/Stöber*, ZPO, § 890 Rn. 5; *Brox/Walker*, ZwangsvollstreckungsR, Rn. 1100; *Pastor*, Die Unterlassungsvollstreckung nach § 890 ZPO, 1969, S. 9.

¹²⁷ *Borck*, GRUR 1996, 522 (524); *Borck*, WRP 1979, 180 (184); *Ahrens/Jestaedt* (Fn. 8), Kap. 22 Rn. 9; *Brox/Walker*, ZVR, Rn. 1097; BGH GRUR 2000, 438 (440) – Gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge; OLG Hamburg WRP 1993, 496 (497).

¹²⁸ *Borck*, GRUR 1996, 552 (526); *Borck*, WRP 1979, 180 (184).

¹²⁹ *Teplitzky* (Fn. 9), Kap. 57 Rn. 14; *Melullis* (Fn. 19), Rn. 944; BGH WRP 1989, 572 (574) – Bioäquivalenzverfahren.

¹³⁰ *Ahrens/Jestaedt* (Fn. 8), Kap. 35 Rn. 8; *Großkomm-UWG/Jestaedt*, Vor § 13 E Rn. 22; BGH GRUR 1989, 445 – Professorenbezeichnung in der Arztwerbung I; BGH GRUR 1989, 437 – Erbensucher; BGH WRP 1989, 572 (574) – Bioäquivalenzverfahren.

¹³¹ *Ahrens/Jestaedt* (Fn. 8), Kap. 35 Rn. 8; OLG Düsseldorf WRP 1985, 27 (28); OLG Koblenz WRP 1996, 264.

¹³² „Die Anwendung eines Strafgesetzes jenseits des möglichen Wortsinns ist nicht mehr Auslegung, sondern schon Analogie.“ *Borck*, GRUR 1996, 522 (526); *Jarass/Pieroth*, GG, 10. Aufl. 2009, Art. 103, Rn. 50.

¹³³ BVerfGE NJW 1991, 3139 ff.

Grundrecht aus Art. 2 I GG verstößt.¹³⁴ Damit wäre der Streit um die Bestimmtheit des Verbotsumfangs eines Unterlassungsurteils lediglich dahingehend verlagert, dass nach dem Bundesverfassungsgericht kein Verstoß mehr gegen Art. 103 II GG in Betracht kommt, sondern gegen das Rechtsstaatsprinzip i.V.m. Art. 2 I GG.¹³⁵ Die Befürworter der Kerntheorie II argumentieren daher mit rein praktischen Erwägungsgründen. So wird vorgebracht, dass die Möglichkeit der Urteilsauslegung im Umfang der Kerntheorie II, die eine gewisse Unsicherheit für den Schuldner begründet, hinnehmbar ist, weil schließlich der Schuldner selbst durch die begangene Verletzungshandlung den Ausgangspunkt der Risikolage geschaffen hat.¹³⁶ Zudem ist es gerade eine Besonderheit der Unterlassungsvollstreckung nach § 890 I 1 ZPO, dass das Vollstreckungsgericht das Prozessgericht des ersten Rechtszuges ist. Durch diese Sonderregelung, das ein materiellrechtlich kompetenter Spruchkörper über die Vollstreckung entscheidet, soll dem Auslegungserfordernis des Unterlassungstitels Rechnung getragen werden.¹³⁷

Diese Argumentation, um einen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot zu „rechtfertigen“, kann nicht überzeugen. Zum einen ist nicht klar, warum allein dem Schuldner das Risiko der Urteilsauslegung auferlegt werden soll, wo doch der Gläubiger schon mit einer „richtigen“ Antragsformulierung (Kerntheorie I), den Verbotsumfang „ordentlich“ festlegen kann. Zudem wird der Sinn der Strafandrohung nach § 890 ZPO verfehlt, wenn der Beklagte erst aus dem Bestrafungsbeschluss erfährt, was er hätte unterlassen sollen, um der Bestrafung zu entgehen. Weiterhin sollen zur Auslegung die Entscheidungsgründe aus dem Erkenntnisverfahren herangezogen werden, gegen die sich der Schuldner nicht einmal wehren kann, denn nur der Tenor erwächst in Rechtskraft und kann eine Beschwerde begründen, die Gründe eines Urteils jedoch nicht. Gegen falsche Urteilsgründe kann sich der Schuldner

nicht wehren, wenn er nicht auch durch den Tenor beschwert ist.¹³⁸ Das Argument, dass das Vollstreckungsgericht dasselbe ist, wie das Gericht des ersten Rechtszuges, ist ebenfalls verfehlt. Damit werden Zuständigkeitsgrenzen verwischt.¹³⁹ Es ist nicht Aufgabe des Vollstreckungsgerichts materiellrechtliche Fragen zu klären, die im Erkenntnisverfahren hätten geklärt werden müssen.¹⁴⁰ Außerdem werden die Spruchkörper nicht notwendigerweise, sondern höchstens zufällig übereinstimmen.¹⁴¹ Alles in allem sprechen starke Argumente dafür, dass mit der Kerntheorie II das Bestimmtheitsgebot von Urteilen unterlaufen wird, sei es zivilprozessrechtlicher oder verfassungsrechtlicher Art.

b) Durch Kerntheorie II provozierte Rechtsbehelfe

Die Kerntheorie II kann bei Unterlassungsgläubiger und -schuldner nach dem Erlass eines Urteils zu Unsicherheiten führen, denn im Erkenntnisverfahren wurde noch nicht explizit geklärt, was den Kern der Verletzungshandlung ausmacht. Gläubiger und Schuldner wissen also nicht (oder können nur schwer einschätzen), ob eine neue konkrete Verletzungshandlung unter den Kern einer bereits abgeurteilten Verletzungshandlung fällt oder eine neue konkrete Verletzungsform darstellt.

¹³⁸ Borck, WRP, 180.

¹³⁹ Systematische Trennung zwischen Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren wird aufgehoben. Vgl. Schubert, ZZZ 1972, 29 ff. (38); Borck, WRP 1979, 180 (184 ff.); Kramer, Unterlassungstitel, 63 f., 75, 76 ff., 121.

¹⁴⁰ Über den Gegenstand und den Umfang eines Verbots wird nur im Erkenntnisverfahren entschieden. Vgl. BGH GRUR 1991, 254 (256) – Unbestimmter Unterlassungsantrag I; BGH GRUR 1992, 561 – Unbestimmter Unterlassungsantrag II; Baumbach/Hefermehl, UWG (2001), Einl. UWG Rn. 457b; Großkomm-UWG/Jacobs Vor § 13 D Rn. 103, 114; Melullis (Fn. 19), Rn. 315; Ahrens/Jestaedt (Fn. 8), Kap. 22 Rn. 9.

Nach der a. A. wird im Vollstreckungsverfahren nichts entschieden, was nicht schon im Erkenntnisverfahren zur Entscheidung stand, weil die Entscheidung durch Auslegung des Tatbestands und der Entscheidungsgründe des Erkenntnisgerichts erfolgt. Vgl. Teplitzky (Fn. 9), Kap. 57 Rn. 5.

¹⁴¹ Borck, WRP, 180 (181).

¹³⁴ Die Vorgaben des Rechtsstaatsprinzips, wie das Schuldprinzip, können über Art. 2 I GG (allgemeine Handlungsfreiheit) geltend gemacht werden. S. Jarass/Pieroth, GG, Art. 2 Rn. 23a.

¹³⁵ BVerfGE NJW 1991, 3139 (3140).

¹³⁶ Teplitzky (Fn. 9), Kap. 57 Rn. 14.

¹³⁷ Siehe Argumentation bei Borck, WRP 1979, 180 (181); Oppermann, S. 63.

aa) Möglichkeiten des Gläubigers Titelstreitigkeiten zu klären

Nachdem der Schuldner eine neue konkrete Verletzungshandlung begangen hat, kommen verschiedene Verfahrensarten in Betracht. Zum einen kann der Gläubiger nach § 890 ZPO ein Vollstreckungsverfahren beantragen, wenn die neue Verletzungshandlung nach der Kerntheorie II unter den Verbotsumfang des Unterlassungsurteils fällt. Zum anderen kann der Gläubiger eine neue Unterlassungsklage erheben, wenn die neue Verletzungshandlung nicht vom Verbotsumfang des Titels erfasst ist.

Problematisch wird die Wahl der richtigen Verfahrensart, wenn *zweifelhaft* ist, ob die neue Verletzungshandlung unter den Verbotsumfang des Unterlassungsurteils fällt. Soll der Kläger dann trotzdem erst ein Vollstreckungsverfahren beantragen, mit der Möglichkeit, dass sein Antrag nach § 890 ZPO abgewiesen wird, weil das Verhalten des Schuldners nach Auslegung des Vollstreckungsgerichts nicht als Zuwiderhandlung gegen den Urteilsspruch angesehen werden kann? Oder soll der Kläger sofort eine neue Unterlassungsklage beantragen, mit der Möglichkeit, dass sie unzulässig ist, weil die Rechtskraft¹⁴² oder Rechtshängigkeit¹⁴³ des ersten Urteils entgegenstehen?

Die *h. M.*¹⁴⁴ lässt dem Gläubiger die Wahl welchen Verfahrensweg er beschreiten möchte. Er kann einen Antrag nach § 890

ZPO stellen oder aber eine erneute Leistungsklage auf Unterlassen beantragen. Die Rechtskraft oder Rechtshängigkeit des ersten Urteils sollen der Zulässigkeit einer erneuten Leistungsklage nicht entgegenstehen. Begründet wird das damit, dass dem Gläubiger das Rechtsschutzbedürfnis nur insoweit abgesprochen werden kann, als er auf Dauer hinreichend vor weiteren Verstößen gesichert ist.¹⁴⁵ Diese Absicherung ist bei Zweifeln über den Verbotsumfang und wie das Vollstreckungsgericht den Titel auslegen wird, nicht gegeben, so dass das entsprechende „Restrisiko“¹⁴⁶ das Rechtsschutzinteresse für eine erneute Klage begründet.

Gegen diese Ansicht melden sich *Literaturstimmen*¹⁴⁷, die in dieser Verfahrensweise einen Verstoß gegen das Wiederholungsverbot (*ne bis in idem*) sehen. Das Wiederholungsverbot besagt, dass eine Leistungsklage nicht zulässig ist, wenn die zweite Verletzungshandlung unter den Verbotsumfang des ersten Urteils fällt. Denn die materielle Rechtskraft nach § 322 I ZPO schließt eine erneute Sachentscheidung über eine zweite Klage aus, wenn ihr Gegenstand mit demjenigen des ersten Prozesses identisch ist.¹⁴⁸ Sinn und Zweck dieses prozessrechtlichen Grundsatzes ist es, abweichende Entscheidung zum gleichen Streitgegenstand zu vermeiden.¹⁴⁹ Nach der Kerntheorie II erfasst der Anspruch des Gläubigers von vornherein alle kerngleichen Formen und mit dem Urteil wird somit auch das Gebot der Unterlassung aller kerngleichen Formen ausgesprochen.¹⁵⁰ Insoweit ist die Geltendmachung

¹⁴² Das Urteil erwächst in Rechtskraft, wenn kein Rechtsmittel dagegen mehr möglich ist. Vgl. *Schilken*, ZivilprozessR, Rn. 35. Die materielle Rechtskraft eines Urteils schließt eine Streitentscheidung über eine zweite Klage aus, wenn ihr Gegenstand mit dem des ersten Prozesses identisch ist. Vgl. *Schilken*, ZivilprozessR, 5. Aufl. 2007, Rn. 223.

¹⁴³ Die Einrede der Rechtshängigkeit bei noch nicht rechtskräftigen Urteilen ist von Amts wegen zu beachten (§ 261 III Nr. 1 ZPO). Vgl. *Schilken*, ZivilprozessR, Rn. 220, 236.

¹⁴⁴ BGH GRUR 1958, 359 (361) – Sarex (betreffend vollstreckbaren Vergleich. Analyse bei *Kramer*, Unterlassungstitel, S. 106; OLG Düsseldorf GRUR 1994, 81 (82) – Kundenzeitschrift; OLG Frankfurt a.M. WRP 1997, 51.

Melullis (Fn. 19), Rn. 553; *Ahrens/Ahrens* (Fn. 8), Kap. 36 Rn. 110; *Nirk/Kurtze*, Wettbewerbsstreitigkeiten. Eine praxisbezogene Anleitung, 2. Aufl. 1992, Rn. 593; *Rüssmann*, FS Lüke, S. 675 (688), *Stein/Jonas/Brehm*, ZPO, § 890 Rn. 11.

¹⁴⁵ *Rüssmann*, FS Lüke, S. 675 (688); BGHZ 98, 127 (128).

¹⁴⁶ So die Formulierung bei *Melullis* (Fn. 19), Rn. 553; *Rüssmann*, FS Lüke, S. 675 (689).

¹⁴⁷ *Teplitzky* (Fn. 9), Kap. 57 Rn. 16a ff.; *Teplitzky*, GRUR 1998, 320 (323); *Sutschet*, ZZZP 2006, 279 (300 f.).

¹⁴⁸ *Schilken*, ZivilprozessR, Rn. 223; *Melullis* (Fn. 19), Rn. 553a; *Zöller/Vollkommer*, ZPO, Vor § 322 Rn. 30; *Musielak/Musielak*, ZPO, § 322 Rn. 16.

¹⁴⁹ *Schilken*, ZivilprozessR, Rn. 223; *Melullis* (Fn. 19), Rn. 553a Fußn. 2.

¹⁵⁰ Entsprechende Schlussfolgerung bei *Teplitzky* (Fn. 9), Kap. 57; Rn. 16a. Zum Umfang der Kerntheorie II s. *Ahrens/Jestaedt* (Fn. 8), Kap. 35 Rn. 8; *Ahrens/Ahrens* (Fn. 8), Kap. 65 Rn. 6; *Melullis* (Fn. 19), Rn. 943; BGH GRUR 1989, 445 – Professorenbezeichnung in der Arztwer-

kerngleicher Handlungen in einem Zweitverfahren präkludiert.¹⁵¹ Eine dementsprechende Leistungsklage müsste als unzulässig abgewiesen werden. Weiterhin wird vorgebracht, dass die nicht ausdrückliche Erfassung einer Abwandlung noch keine berechtigten Zweifel begründen kann, die einen neuen Prozess rechtfertigen.¹⁵² Aus diesem Grund sollte es für eine erneute Leistungsklage grundsätzlich das Zugangserschwerern eines erfolglosen Vollstreckungsversuches nach § 890 ZPO geben.¹⁵³

Um diese Meinung abzurunden, muss gefordert werden, dass das ordentliche Gericht, welches sich mit der neuen Leistungsklage zu befassen hat, die Auslegung des Titels durch das Vollstreckungsorgan hinnimmt.¹⁵⁴ Davon ist dann auszugehen, wenn man die alleinige Auslegungskompetenz den Vollstreckungsorganen zubilligt.¹⁵⁵ Das ist nicht nur aus prozessökonomischen Gründen zu bevorzugen, sondern beugt auch der Entstehung von Widersprüchen vor, da keine Bindungswirkung des ordentlichen Gerichts an das Urteil des Vollstreckungsgerichts besteht.¹⁵⁶ Zudem wird so eine klare Trennung von Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren vollzogen, denn die Entscheidung über das materielle Recht ist ausschließlich dem Erkenntnisverfahren zugewiesen.¹⁵⁷ Dem Vollstreckungsgericht ist es verwehrt, etwas zu vollstrecken, worüber im Erkenntnisverfahren nicht entschieden wurde.¹⁵⁸ Allerdings ist das Vollstreckungsgericht nicht nur zur Auslegung eines Titels berechtigt, sondern vielmehr dazu verpflich-

tet.¹⁵⁹ Genau das ist es, was bei der Anwendung der Kerntheorie II erfolgt:¹⁶⁰ Das Vollstreckungsgericht legt den Verbotsumfang eines Titels aus. Die Lösung der *h. M.* kann also schon deshalb nicht überzeugen, weil sie einen Widerspruch in sich zu der Kerntheorie II darstellt. Wenn die Ermittlung des Schutzzumfanges des Titels durch Auslegung möglich ist, dann hat auch erst diese Auslegung zu erfolgen, bevor es dem Kläger gestattet sein kann, eine neue Leistungsklage anzustreben.

Natürlich kann es passieren, dass der Kläger einen länger währenden Rechtsstreit vor sich hat, wenn das Vollstreckungsgericht entscheidet, dass die zweite Verletzungshandlung nicht unter den Verbotsumfang des Titels fällt und er nach diesem Urteil noch eine Leistungsklage anstreben muss.¹⁶¹ Doch diese Risiken zu mindern oder auszuschließen, liegt allein in seiner Hand.¹⁶² Entweder stellt er den Antrag in einer verallgemeinernden Form, wie es die Kerntheorie I zulässt und verhindert dadurch jeden Auslegungszweifel in der Vollstreckungsinstanz oder er beschränkt den Streitgegenstand ausdrücklich unter Ausschluss der Erstreckung auf kerngleiche Formen auf eine ganz bestimmte engere Verletzungsform und schließt damit die Präklusionswirkung über diese Grenzen eindeutig und zwingend aus.¹⁶³

Der Kläger ist also seines eigenen Glückes Schmied. Er hat die Möglichkeiten Titelstreitigkeiten vorzubeugen. Eine Ausnahme von dem Grundsatz *ne bis in idem* ist nicht nötig, ebenso wenig eine inkonsequente Anwendung der Kerntheorie II.

Dieselbe Argumentation lässt sich über die Zulässigkeit einer positiven Feststellungsklage führen,¹⁶⁴ wobei eine positive Feststellungsklage für den Gläubiger nicht in Betracht kommen dürfte, weil die Leistungsklage Vorrang hat, sobald eine Wie-

bung; BGH GRUR 2006, 421 Tz. 27 – Markenparfümverkäufe.

¹⁵¹ Ebenso *Teplitzky* (Fn. 9), Kap. 57 Rn. 16a.

¹⁵² *Teplitzky* (Fn. 9), Kap. 57; Rn. 16a; vgl. dazu zutreffend OLG Rostock, Urt. v. 16.6.1999 – 2 U 91/98, zit. nach *Koch*, WRP 2002, 191 (200 f.).

¹⁵³ *Teplitzky* (Fn. 9), Kap. 57; Rn. 16c; RG GRUR 1935, 428 (betr. § 888 ZPO): zur Begründung des Rechtsschutzinteresses für ein Zweitverfahren wurde ein vorangegangener gescheiterter Vollstreckungsversuch verlangt.

¹⁵⁴ *Sutschet*, ZZP 2006, 279 (301).

¹⁵⁵ *Sutschet*, ZZP 2006, 279 (301).

¹⁵⁶ *Teplitzky* (Fn. 9), Kap. 57 Rn. 16e.

¹⁵⁷ *Sutschet*, ZZP 2006, 279 (299).

¹⁵⁸ *Sutschet*, ZZP 2006, 279 (299).

¹⁵⁹ *Sutschet*, ZZP 2006, 279 (399 f.); MüKo-ZPO/*Krüger*, 1992, § 704 Rn. 8; MüKo-ZPO/*Heßler*, 1992, § 750 Rn. 24; *Rüssmann*, FS Lücke, S. 675 (685); *Schubert*, ZZP 1972, 29 (49); *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, § 750 Rn. 4.

¹⁶⁰ Wenn man der Anwendung der Kerntheorie II zustimmt. Siehe Fußn. 124.

¹⁶¹ *Melullis* (Fn. 19), Rn. 553 spricht von „Gefahr unzumutbarer Verzögerung“.

¹⁶² *Teplitzky*, GRUR 1998, 320 (323).

¹⁶³ *Teplitzky*, GRUR 1998, 320 (323).

¹⁶⁴ *Teplitzky* (Fn. 9), Kap. 57 Rn. 16d.

derholungs- und Erstbegehungsgefahr gegeben ist.¹⁶⁵ Wählt der Gläubiger die Negativform der Klage (Feststellung, dass die neue Form vom Titel nicht erfasst wird) und ist diese begründet, dann war das nur ein zeitraubender Umweg zu einer neuen Leistungsklage, die der Gläubiger auch gleich (mit Erfolg) hätte erheben können.¹⁶⁶

bb) Möglichkeiten des Schuldners, Titelstreitigkeiten zu klären

Auch für den Schuldner ist es wichtig zu wissen, wo die Grenzen des Verbotsbereichs des Unterlassungstitels liegen und was er zukünftig darf und zu unterlassen hat.¹⁶⁷ Wenn der Schuldner das Urteil achten will und aus diesem Grund das untersagte Verhalten ändert, sich aber nicht sicher sein kann, ob er damit auch jetzt noch gegen den - auszulegenden - Titel verstößt, kann ihm nicht zugemutet werden, zunächst eine mögliche Zuwiderhandlung zu riskieren und abzuwarten, ob er mit Ordnungsmitteln überzogen wird.¹⁶⁸ Für den Schuldner besteht demzufolge ein Feststellungsinteresse für eine negative Feststellungsklage nach § 256 ZPO.¹⁶⁹

II. Wo sollte die Kerntheorie in einem Unterlassungsprozess zur Anwendung kommen?

Eine Analyse der Anwendung der Kerntheorie im Wettbewerbsprozess zeigt, dass die wettbewerbsrechtliche Praxis zur Auslegung gesetzlicher Unterlassungsverpflichtungen im 21. Jahrhundert neu überdacht werden muss. Einigkeit besteht darüber, dass eine Verallgemeinerung der konkreten Verletzungshandlung zulässig sein muss, um einen effektiven Rechtsschutz im Wettbewerbsprozess zu ermöglichen.¹⁷⁰ Die

Anwendung der Kerntheorie II bringt allerdings unnötige Rechtsunsicherheit. Dem Wunsch nach effektivem Rechtsschutz ist durch die Anwendung der Kerntheorie I Genüge getan.

Die Kerntheorie II verstößt gegen das zivilprozessrechtliche und verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot. Dadurch weicht sie die Kompetenzgrenzen zwischen Erkenntnisverfahren und Vollstreckungsverfahren auf. Zudem verstoßen die Verfechter der Kerntheorie II gegen das Wiederholungsverbot, wenn es um die Klärung von Titelstreitigkeiten geht, die durch die Kerntheorie II hervorgerufen werden.

All diese Probleme tauchen bei der Anwendung der Kerntheorie I nicht auf. Die Gefahren, die die Kerntheorie I bei der Antragsformulierung mit sich bringt, können durch § 139 ZPO und den „insbesondere“ – Zusatz hinreichend abgefedert werden.¹⁷¹ Zudem gibt es mittlerweile eine beachtliche Zahl an einschlägiger Rechtsprechung und interpretierenden Literaturstellen, deren Heranziehung bereits weitgehend zu einer Vermeidung von Fehlern bei der Antragsformulierung führen kann.¹⁷²

Dennoch wird die Kerntheorie II von der Rechtsprechung¹⁷³ immer noch angewendet und von der Literatur¹⁷⁴ favorisiert, was keinesfalls eine dogmatische Ablehnung der Kerntheorie I zur Grundlage hat. Vielmehr liegen die Praktikabilitätsgründe für eine Anwendung der Kerntheorie II – insbesondere für den Kläger – auf der Hand: Die Kerntheorie I kann, wenn eine teilweise Klagerücknahme erforderlich ist

(284); Ahrens/*Jestaedt* (Fn. 8), Kap. 22 Rn. 7; *Oppermann*, WRP 1989, 713 (714); Ahrens/*Ahrens* (Fn. 8), Kap. 36 Rn. 7; BGH GRUR 2000, 907 (909) genauer I. 3. a) (4) – Filialleiterfehler; BGH GRUR 2000, 337 (338) – Preisknaller.

¹⁷¹ So auch *Teplitzky*, WRP 1999, 75 (76 f.).

¹⁷² Siehe *Teplitzky*, WRP 1999, 75 (77).

¹⁷³ Grundsätze für die Auslegung eines Unterlassungstitels werden bspw. angeführt in: BGH GRUR 1997, 931 (932) – Wiederholungsgefahr I; BGH GRUR 2001, 758 (759) – Trainingsvertrag; BGH GRUR 2006, 421 Tz. 27.

¹⁷⁴ *Domeier-Nörr/Stiefenhofer* in: Beck'sche Online-Formulare, 8. Aufl. Stand 01.03.2009, Kap. 26.2 Rn. 9; *Spindler/Weber* in: Kommentar zum Recht der elektronischen Medien, 2008, § 1004 BGB, Rn. 22; *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, 2. Aufl. 2003, Vorbm. zu §§ 14-19 Rn. 88; *MüKo-ZPO/Gruber*, 2007, § 890 Rn. 10; *Rüssmann*, FS Lüke, S. 675 (685).

¹⁶⁵ Vgl. *Schilken*, ZivilprozessR, Rn. 186; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO, § 90 Rn. 25; *Grunsky*, ZivilprozessR, 13. Aufl. 2008, Rn. 103; BGH NJW 1996, 2725 (2726); BGH NJW 1996, 2097.

¹⁶⁶ Siehe *Teplitzky* (Fn. 9), Kap. 57 Rn. 16d.

¹⁶⁷ Siehe *Borck*, GRUR 1996, 522 (524).

¹⁶⁸ In diesem Sinn *Rüssmann*, FS Lüke, S. 675 (690); *Borck*, GRUR 1996, 522 (524).

¹⁶⁹ *Rüssmann*, FS Lüke, S. 675 (690); Ahrens/*Ahrens* (Fn. 8), Kap. 36 Rn. 110; *Stein/Jonas/Leipold*, § 322 Rn. 200; BGH GRUR 1958, 359 (361) – Sarex.

¹⁷⁰ *Scharen*, FS Erdmann, S. 877; *Kramer*, Unterlassungstitel, S. 1; *Sutschet*, ZJP 2006, 279

oder das Gericht die Klage teilweise abweist, zu einer negativen Kostenfolge für den Kläger führen.¹⁷⁵ Dieses Risiko wollen die meisten Anwälte ungern eingehen, wenn der Kläger seinen Rechtsschutz auch dadurch erreichen kann, dass er nur die konkrete Verletzungshandlung verurteilen lässt und die Reichweite seines Urteils mit hoher Wahrscheinlichkeit im Vollstreckungsverfahren durch die Kerntheorie II ausgedehnt wird.

Dem kann entgegen gesetzt werden, dass bei einer Titelstreitigkeit - über den Umfang des Verbots - ebenfalls unnötige Kosten für beide Seiten entstehen. Außerdem ist das Kostenrisiko des Klägers nicht übermäßig hoch, denn die Frage, was den Kern einer konkreten Verletzungshandlung ausmacht, hat durch jahrzehntelange Rechtsprechung eine Konkretisierung erfahren, so dass die Anwälte regelmäßig einschätzen können (sollten), wie sie einen Antrag zu formulieren haben.¹⁷⁶

Weiterhin können die Erwägungsgründe der Befürworter der Kerntheorie II nicht schwerer Lasten, als eine sauber dogmatische Trennung zwischen Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren und die Einhaltung rechtsstaatlicher Prinzipien.

Insbesondere dürfen die Interessen des Schuldners nicht ignoriert werden. Er hat ein Recht darauf den Verbotsumfang des Urteils einschätzen zu können.¹⁷⁷ Die Argumentation, dass der Schuldner als Verletzer das alleinige Risiko der Auslegung nach der Kerntheorie II zu tragen hat,¹⁷⁸ widerspricht dem Grundsatz - *quivis praesumitur bonus*.¹⁷⁹ Der Schuldner wurde für seinen Verstoß durch das Urteil bestraft. Bei jeder weiteren Verletzungshandlung, die durch die Kerntheorie II möglicherweise unter den Verbotsumfang des Urteils

¹⁷⁵ Bei teilweiser Klagerücknahme sind die Kosten gem. § 92 ZPO quotenmäßig zu verteilen. Vgl. Zöller/Greger, ZPO, § 269 Rn. 18a. Gleiches gilt bei teilweiser Klageabweisung. Vgl. Musielak/Wolst, ZPO, § 92 Rn. 2.

¹⁷⁶ Scharen, FS Erdmann, S. 877 (885): „[Es gehört] kein Mut mehr dazu, den Unterlassungsantrag [...] in einer verallgemeinernden Form zu stellen.“

¹⁷⁷ BGH GRUR 1992, 561 (562) - Unbestimmter Unterlassungsantrag II; BGH GRUR 1998, 489 (491) - Unbestimmter Unterlassungsantrag III; Borck, GRUR 1996, 522 (525); Teplitzky (Fn. 9), Kap. 57 Rn. 14.

¹⁷⁸ Siehe z. B. Teplitzky (Fn. 9), Kap. 57 Rn. 14.

¹⁷⁹ Grds. Annahme von Gutgläubigkeit.

fällt, muss grundsätzlich Gutgläubigkeit des Schuldners angenommen werden.¹⁸⁰

Denn grundsätzlich will der Schuldner nicht zuwiderhandeln, er will nicht die Gefahr eines Ordnungsmittels laufen. Deshalb hat der Schuldner ein Recht zu wissen, was er noch darf und was nicht mehr.¹⁸¹

Die Rechtsunsicherheit nach einem Urteil, dass nur die konkrete Verletzungshandlung umfasst, ist sowohl für den Schuldner als auch für den Gläubiger nicht tragbar. Die Stimmen in der Literatur, die die Anwendung der Kerntheorie II vollkommen ablehnen, sind allerdings rar.¹⁸² Lauter sind die Stimmen, die die Anwendung der Kerntheorie I präferieren,¹⁸³ aber eine Anwendung der Kerntheorie II immer noch in „engen Grenzen“ zulassen wollen.¹⁸⁴ Als Begründung wird angeführt, dass es durchaus Fälle gäbe, in denen die Entscheidung darüber, was genau dem Schuldner verboten sei, in aus der Natur der Sache liegenden Gründen in das Zwangsvollstreckungsverfahren verlagert werden müsse.¹⁸⁵ Dazu muss angemerkt werden, dass diese Befürchtung bislang nicht mit Fallbeispielen belegt wurde. Es ist auch fraglich, ob ein solcher Fall existiert. Vor allem aber ist fraglich sein, ob für einen solchen Fall die Anwendung der Kerntheorie II der richtige Weg ist. Über einen so schwierig gelagerten Fall sollte schon aus Erwägungen der Rechtssicherheit ein neuer Unterlassungsprozess geführt werden.

Jedenfalls ist nicht einzusehen, dass der Unterlassungsgläubiger qua Auslegung von Amts wegen im Vollstreckungsverfahren

¹⁸⁰ Borck, GRUR 1996, 522 (525).

¹⁸¹ Borck, GRUR 1996, 522 (524).

¹⁸² Borck, WRP 1979, 180 (184), Schubert, ZZP 1972, 29 ff.; Borck, GRUR 1996, 522, (524); Ritter, Zur Unterlassungsklage: Urteilstenor und Klageantrag, 1994, S. 108 ff. (genauer 115 f., 133); Scharen, FS Erdmann, S. 877 (885 ff.).

¹⁸³ Ahrens/Ahrens (Fn. 8), Kap. 65 Rn. 26; Sutschet, ZZP, 2006, 279 ff.; Teplitzky (Fn. 9), Kap. 57 Rn. 16; Teplitzky, WRP 1990, 26 ff.; Teplitzky, WRP 2003, 173 (183); Melullis, GRUR 1982, 441 f.; Berneke, WRP 2007, 579 (580). So wohl auch: Baumbach/Hefermehl, UWG (2001), Einl. UWG, Rn. 462; Oppermann, WRP 1989, 713 (716); Rüssmann, FS Lüke, S. 675 (686), Scharen, FS Erdmann, S. 877 (886 f.).

¹⁸⁴ Ausdrücklich geäußert von: Ahrens/Ahrens (Fn. 8), Kap. 65 Rn. 26; Teplitzky, WRP 1990, 26 (28).

¹⁸⁵ Sutschet, ZZP, 2006, 279 (285).

einen Titelumfang erlangen darf, den er - durch entsprechend umfassende Antragsformulierung - im Erkenntnisverfahren nicht zu erstreiten gewagt hat.¹⁸⁶

Die Kerntheorie sollte somit nur noch bei der Antragsformulierung angewendet werden. In einem gewissen Umfang nehmen die Vollstreckungsorgane immer eine Auslegung von Urteilen vor.¹⁸⁷ Allerdings ist es ein Unterschied, ob ein Urteil ausgelegt wird oder nach dem Prinzip der Kerntheorie II ausgeweitet wird.

Der Begriff Kerntheorie passt auch viel besser zu der Kerntheorie I als zur Kerntheorie II. Denn die Kerntheorie II dient nicht dazu etwas Größeres auf einen Kern zurückzuführen, sondern muss dafür erhalten ein eng formuliertes Verbot auf einen weiteren Anwendungsbereich auszuweiten.¹⁸⁸

F. Ergebnisse

Die Kerntheorie ist ein Auslegungsmaßstab, der festlegt, wie weit der Verbotsumfang einer Unterlassungsverpflichtung ist. Sie bedeutet eine Verallgemeinerung der konkreten Verletzungshandlung (wettbewerbswidrige Handlung) auf ihre rechtlich erheblichen Tatbestandsmerkmale, was im Ergebnis die konkrete Verletzungsform darstellt. Auf die Auslegung von strafbewehrten Unterwerfungserklärungen hat die Kerntheorie mittelbaren Einfluss. Dabei wird eine strafbewehrte Unterwerfungserklärung idealerweise so formuliert, dass sie die konkrete Verletzungsform bezeichnet (Kern der Verletzungshandlung). Außer-

dem wird die Kerntheorie im Unterlassungsprozess bei der Antragsformulierung im Erkenntnisverfahren (Kerntheorie I) oder bei der Titelauslegung im Vollstreckungsverfahren (Kerntheorie II) angewendet. Die Anwendung der Kerntheorie im Vollstreckungsverfahren ist abzulehnen. Sie geht über die mögliche Auslegung eines Urteils hinaus und stellt damit eine unzulässige Ausweitung des Tenors dar. Ein effektiver Rechtsschutz der den Interessen des Gläubigers und des Schuldners gerecht wird, kann ebenso durch die alleinige Anwendung der Kerntheorie im Erkenntnisverfahren erfolgen.

Abschließend soll ein Bild den Unterschied der beiden Kerntheorien veranschaulichen: Mit der Kerntheorie im Wettbewerbsprozess verhält es sich wie mit dem Kauf eines neuen Paar Schuhe. Wer sich zu kleine Schuhe kauft, die am großen Zeh drücken, muss damit leben, dass ihm diese Schuhe niemals passen werden und auch der beste Schuster die Schuhe nicht mehr vergrößern kann. Die Kerntheorie II verstößt gegen diese Lebenserfahrung. Sie will aus den Schuhen mehr herausholen, als möglich ist (oder aber mehr hineinstecken, als tatsächlich hinein passt). Die Anwender der Kerntheorie I achten hingegen darauf, dass sie sich von Anfang an Schuhe in der richtigen Größe kaufen, damit sie an ihnen viel Freude haben.

¹⁸⁶ Ahrens/Ahrens (Fn. 8), Kap. 36 Rn. 49; *Teplitzky*, GRUR 1998, 320 (323); *Borck*, GRUR 1996, 522, (524); *Borck*, WRP 1979, 180 (185); *Steininger*, WRP 2000, 1415 a.E.

¹⁸⁷ *Sutschet*, ZP 2006, 279 (399 f.); *MüKo-ZPO/Krüger*, 1992, § 704 Rn. 8; *MüKo-ZPO/Heßler*, 1992, § 750 Rn. 24, *Rüssmann*, FS Lücke, S. 675 (685); *Schubert*, ZP 1972, 29 (49); *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, § 750 Rn. 4. Vielleicht meinen die Befürworter der Kerntheorie I, die eine Anwendung der Kerntheorie II in „engen Grenzen“ zulassen wollen, genau diese Auslegung, dass das Vollstreckungsgericht die konkrete Verletzungshandlung mit der Urteilsformel zu vergleichen hat und subsumieren muss, ob sie unter den Wortlaut fällt.

¹⁸⁸ So auch *Scharen*, FS Erdmann, S. 877 (878); *Borck*, GRUR 1996, 522 (526); *Borck*, WRP 2000, 824 (827); *Teplitzky*, WRP 1999, 75; *Oppermann*, S. 50.

REICHWEITE DES VERZICHTS IN DER ABSCHLUSS-ERKLÄRUNG UND AUSWIRKUNGEN AUF DAS RECHTSSCHUTZBEDÜRFNIS FÜR HAUPTSACHEKLAGE, ANM. ZU BGH, URTEIL VOM 2. 7. 2009 - I ZR 146/07, GRUR 2009, 1096 - MESCHER WEIS

Von Prof. Dr. Paul T. Schrader, LL.M. oec.

I. Problemstellung

Aufgrund der besonderen Dringlichkeit ist es im Wettbewerbsprozess üblich, Unterlassungsansprüche (§ 8 UWG) zunächst im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens einer vorläufigen Regelung zuzuführen.¹ Eine endgültige Klärung des Unterlassungsanspruchs kann nach Erlass einer einstweiligen Verfügung auf zwei Wegen erreicht werden: Zum einen kann im Hauptsacheverfahren über den Unterlassungsanspruch entschieden werden, zum anderen können die Parteien vereinbaren, dass der vorläufige Verbotstitel der einstweiligen Verfügung zwischen ihnen eine endgültige Regelung des Streites darstellen soll. Dies geschieht durch Abgabe einer Abschlusserklärung des Schuldners (Antragsgegner im Verfügungsverfahren). Der Sinn einer Abschlusserklärung besteht darin, dass kein Hauptsacheverfahren mehr durchgeführt wird und bringt dem Schuldner somit die damit verbundene Kostenersparnis. Diese Wirkung tritt nur dann ein, wenn einer Klage in der Hauptsache das Rechtsschutzbedürfnis fehlt. Anderenfalls wird der Antragsteller Klage in der Hauptsache erheben müssen, denn sonst wird die einstweilige Verfügung (auch auf Antrag des Antragsgegners) aufgehoben, wenn keine Hauptsacheklage innerhalb der gerichtlich gesetzten Frist erhoben wird, §§ 936, 926 ZPO.

Das Rechtsschutzbedürfnis für die Hauptsacheklage fehlt beispielsweise, wenn bereits eine rechtskräftige Entscheidung über den Streitgegenstand vorliegt oder der Schuldner sich in einer Abmahnung dem strafbewehrten Unterlassungsbegehren des Gläubigers unterworfen hat.² Im einstweili-

gen Verfügungsverfahren kann eine solche (rechtskräftige) Entscheidung, die der Hauptsache entgegenstehen würde, jedoch nicht herbeigeführt werden. Das Rechtsschutzbedürfnis für eine Hauptsacheklage fehlt aber auch dann, wenn durch eine Abschlusserklärung eine erwirkte Unterlassungsverfügung ebenso effektiv und dauerhaft wirkt wie ein in einem Hauptsacheverfahren erlangter Titel.³ Die Abschlusserklärung muss daher grundsätzlich dem Inhalt der einstweiligen Verfügung entsprechen, damit sie die angestrebte Gleichstellung des vorläufigen Titels mit dem Hauptsachetitel erreichen kann und darf grundsätzlich nicht an Bedingungen geknüpft sein.⁴

II. Kernaussagen

Über die Frage, wann eine Abschlusserklärung ebenso effektiv und dauerhaft wirkt wie ein in einem Hauptsacheverfahren erlangter Titel, enthält die BGH-Entscheidung⁵ „Mescher weis“ eine ganze Reihe von Aussagen.

1. Ausgangspunkt

In dem zugrundeliegenden Verfahren hat der Gläubiger des Unterlassungsanspruchs nach Erlass einer einstweiligen Verfügung Hauptsacheklage erhoben. Gegen den Schuldnerinwand des fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses brachte der Gläubiger vor, die Abschlusserklärung enthalte die „auflösende Bedingung einer auf Gesetz oder höchstrichterlicher Rechtsprechung beruhenden eindeutigen Klärung des zu unterlassenden Verhaltens als rechtmäßig“. Diese Bedingung bewirke nach Ansicht des Gläubigers, dass die Unterlassungsverfügung gerade nicht ebenso effektiv und dauerhaft wirkt wie ein in einem Hauptsacheverfahren erlangter Titel.

¹ Eine einstweilige Verfügung ist auch ohne gleichzeitige bzw. vorausgegangene Hauptsacheklage zulässig, vgl. §§ 936, 926 I ZPO.

² Zur Unterscheidung zwischen Unterwerfungserklärung und Abschlusserklärung als Möglichkeiten der Beendigung des Verfügungsverfahrens vgl. Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 6. Aufl. 2009, Kap. 58 Rn. 6 ff.

³ BGH, GRUR 2009, 1096, 1097, Tz. 14 – Mescher weis; GRUR 1991, 76, 77 – Abschlusserklärung; GRUR 2005, 692, 694 – „statt“-Preis.

⁴ BGH, GRUR 2009, 1096, 1097, Tz. 14 – Mescher weis; GRUR 1991, 76, 77 – Abschlusserklärung; GRUR 2005, 692, 694 – „statt“-Preis; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl. 2009, § 12 Rn. 3.74; Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, Kap. 58 Rn. 25 f.; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Aufl. 2007, Kap. 43 Rn. 13.

⁵ BGH, GRUR 2009, 1096 – Mescher weis.

2. Problemfelder

Dem tritt der BGH entgegen. Im Wesentlichen werden in der Entscheidung zwei Bereiche näher ausgeführt, die im Zusammenhang stehen mit der Einschränkung des Verzichts der Rechte, die gegen die einstweilige Verfügung geltend gemacht werden können: Zum einen stellte sich die grundsätzliche Frage, ob der Unterlassungsschuldner überhaupt gegen die Verfügung vorgehen kann, wenn sich nachträglich das Verhalten des Schuldners durch Änderung der Gesetzeslage oder der Rechtsprechung (ab dem Zeitpunkt der Änderung) als rechtmäßig herausstellt, der Schuldner aber an die Verbotsverfügung gebunden ist. Zum anderen legt der BGH eine abgegebene Abschlusserklärung vor dem Hintergrund der Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Unterlassungsverfügung aus.

3. Rechtsschutz gegen eine einstweilige Verfügung bzw. den alternativen Hauptsachetitel unabhängig von einer Abschlusserklärung

Ob die Unterlassungsverfügung ebenso effektiv und dauerhaft wirkt wie ein in einem Hauptsacheverfahren erlangter Titel ist in erster Linie davon abhängig, inwieweit ein Schuldner gegen einen Hauptsachetitel vorgehen könnte.⁶ Der Schuldner soll nicht durch eine Unterlassungsverfügung stärker gebunden sein als durch einen Hauptsachetitel.⁷

a. Rechtsschutz gegen einen Hauptsachetitel

Einem Hauptsachetitel können unter den Voraussetzungen der §§ 323, 767 ZPO nachträglich entstandene Einwendungen

⁶ BGH, GRUR 2009, 1096, 1097, Tz. 16 – Mescher weis.

⁷ Diese Aussage begründet der BGH nicht. Gegen eine Vereinbarung mit einer intensiveren Bindung spricht nicht nur eine möglichst gerechte Symmetrie zwischen Hauptsachetitel und Unterlassungsverfügung mit Abschlusserklärung zu schaffen sowie die Interessenlage, in der die Vereinbarung getroffen wurde, sondern auch der Verzicht auf gerichtlichen Rechtsschutz, der in seiner materiell-rechtlichen Wirkung durchaus zulässig sein kann, in der Wirkung als Verkürzung des Rechtsweges allerdings an verfassungsrechtlich abgesicherte Grenzen des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs (vgl. BVerfGE 85, 337, 345) stoßen kann.

entgegengehalten werden. Denkbare Einwendungen gegen den titulierten Anspruch können grundsätzlich auch nachträgliche Änderungen in der Rechtsprechung und der Gesetzeslage sein.⁸ Hierbei ist allerdings zunächst zu differenzieren nach der Art des titulierten Anspruchs und nachfolgend nach der Art der Änderung (Gesetz oder Rechtsprechung).

Zu unterscheiden sind Titel, die auf einmalige Leistung gerichtet sind und Titel, die auf eine wiederkehrende Leistung gerichtet sind. Unterlassungstitel sind der letzteren Gruppe zuzurechnen, da das Unterlassen in der Zukunft (d.h. wiederkehrend) geschuldet ist. Für diese Titel ist anerkannt, dass eine nachträgliche Änderung der Gesetzeslage im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage beachtlich ist und zum Ausspruch der Unzulässigkeit der Vollstreckung aus dem Titel führen kann. Dagegen betrifft eine Änderung der Rechtsprechung nicht unmittelbar den titulierten Gegenstand, sondern stellt die Richtigkeit des Urteils als solches in Frage. Letzteres soll gerade durch die Rechtskraft verhindert werden. Eine andere Beurteilung ist jedoch bei wettbewerbsrechtlichen Unterlassungstiteln angebracht: Durch die früher stark richterrechtlich geprägten Fallgruppen, die aus der Generalklausel (§ 1 UWG a.F.)⁹ gewonnen wurden, ist dem Richterrecht im Wettbewerbsrecht ein erhöhter (nahezu gesetzesgleicher) Stellenwert beizumessen. Daher rechtfertigt sich eine Gleichbehandlung von Gesetzesänderung und Rechtsprechungsänderung im Rahmen des Rechtsschutzes gegen einen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungstitel. Es wäre dem Unterlassungsschuldner nicht zuzumuten, an einem Verbot festgehalten zu werden, welches nunmehr als rechtmäßig beurteilt wird. Dadurch blieben ihm Werbemöglichkeiten verschlossen, die seinen Mitbewerbern erlaubt seien.

Diese Gleichbehandlung von Änderungen des Gesetzes mit Änderungen der Rechtsprechung untermauert der BGH mit zwei weiteren Argumenten:

⁸ K. Schmidt, MünchKomm ZPO, 3. Aufl. 2007, § 767 Rn. 70.

⁹ § 1 UWG a.F.: „Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden.“

Zum einen werden Rechtsprechungsänderungen im Rahmen von Vollstreckungsgegenklagen gegen Unterlassungsurteile bezüglich der Verwendung von AGB-Klauseln explizit in § 10 UKlaG als Einwendungen genannt, wenn nachträglich eine Entscheidung des BGH oder des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes ergangen ist, welche die Verwendung dieser Bestimmung für dieselbe Art von Rechtsgeschäften nicht untersagt, und die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil gegen den Unterlassungsschuldner seinen Geschäftsbetrieb in unzumutbarer Weise beeinträchtigen würde.

Zum anderen verweist der BGH auf die Abänderungsmöglichkeit in § 323 ZPO, wenn der Titel auf eine wiederkehrende Leistung gerichtet ist: ein Abänderungsgrund liegt auch vor, wenn sich in Folge einer höchstrichterlichen Leitentscheidung die rechtlichen Maßstäbe zur Berechnung der Leistung verändert haben.¹⁰

Im Ergebnis kann der Unterlassungsschuldner gegen einen (eventuellen späteren) Hauptsachetitel, der einen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungstitel zum Inhalt hat, sowohl eine Änderung der Gesetzeslage als auch der Rechtsprechung geltend machen.

b. Rechtsschutz gegen eine einstweilige Verfügung

Gegen eine einstweilige Verfügung hat der Schuldner (Antragsgegner) eine Reihe von Rechten, mit denen er gegen die Verfügung vorgehen kann, beispielsweise kann er gemäß §§ 936, 924 ZPO gegen den Beschluss (d.h. die Entscheidung, die ohne mündliche Verhandlung erging) Widerspruch erheben oder gemäß §§ 936, 926 ZPO die Fristsetzung zur Erhebung der Klage in der Hauptsache beantragen. Des Weiteren kann er gegen die Verfügung gemäß §§ 936, 927 ZPO vorgehen, wenn sich die für den Erlass der Verfügungsanordnung maßgebenden Umstände geändert haben. Dies ist der Fall, wenn eine Voraussetzung der einstweiligen Verfügung nachträglich weggefallen ist.¹¹ Dies ist beispielsweise gegeben, wenn das beanstandete Verhalten aufgrund einer Gesetzesänderung oder einer Änderung der Recht-

sprechung nun nicht mehr verboten werden würde.

4. Umfang des Verzichts auf Rechtsschutzmöglichkeiten in einer Abschlusserklärung

Die beabsichtigten Wirkungen der einstweiligen Verfügung (Ausschluss des Rechtsschutzbedürfnisses in der Hauptsacheklage) werden durch das Abschlussschreiben realisiert: Das Abschlussschreiben hat in der Regel einen Verzicht auf die genannten Rechte gegen die einstweilige Verfügung zum Inhalt und gestaltet die vorläufige Regelung der einstweiligen Verfügung in eine endgültige materiell-rechtlich zwischen den Parteien wirkende Regelung um. Zu differenzieren ist bei dem Umfang des Verzichts auf die genannten Rechte in der Abschlusserklärung: Denkbar ist zum einen ein ausdrücklich erklärter umfassender Verzicht auf die Rechte, auch auf die Rechte aus §§ 936, 927 ZPO. Ebenso denkbar ist jedoch auch ein eingeschränkter Verzicht, der unter der auflösenden Bedingung steht, dass das Verhalten aufgrund der Rechtsprechungs- oder Gesetzesänderung nunmehr zulässig ist. Problematisch an der letzteren Bedingung ist, dass der Verzicht insgesamt bedingt ist und damit an sich alle dem Schuldner zustehenden Rechte (auch die Rechte aus §§ 936, 924 und 926 ZPO) neben dem Recht aus §§ 936, 927 ZPO erfasst. Durch einen solchen umfassenden eingeschränkten Verzicht würde nämlich die Unterlassungsverfügung gerade nicht ebenso effektiv und dauerhaft wirken wie ein in der Hauptsache erstrittener Titel und damit das Rechtsschutzbedürfnis für die Hauptsacheklage nicht ausschließen.

Der BGH löst dieses Problem durch die Auslegung der Abschlusserklärung: Diese ist vor dem Sinn auszulegen, den die Abschlusserklärung hat, nämlich die einstweilige Verfügung einem Hauptsachetitel gleichzustellen und den Schuldner gerade weder besser noch schlechter zu stellen. Hieraus folge, dass sich der Verzicht lediglich auf die Rechte aus § 927 ZPO beziehen soll und zwar auch nur soweit, wie gegen einen Hauptsachetitel vorgegangen werden könnte. Dies ist, wie dargelegt im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage auch dann möglich, wenn sich bezüglich einer wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsverfügung die Rechtsprechung oder die Gesetzeslage zugunsten des Schuldners ändert.

¹⁰ BGH, GRUR 2009, 1096, 1097, Tz. 22 – Mescher weis.

¹¹ Vgl. Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 8. Aufl. 2008, Rn. 1648.

Nur so zu verstehen sei ein eingeschränkter Verzicht, der auflösend bedingt wurde auf „einer auf Gesetz oder höchstrichterlicher Rechtsprechung beruhenden eindeutigen Klärung des zu unterlassenden Verhaltens als rechtmäßig“.

Somit fehlte im zugrunde liegenden Fall der Hauptsacheklage das Rechtsschutzbedürfnis.

III. Konsequenzen für die anwaltliche Beratung

1. Bereits abgegebene Abschlusserklärungen ohne Beschränkung des Verzichts

Eine sich aufdrängende Frage hat der BGH gleich mit entschieden, ohne dass es auf diese Frage im zu entscheidenden Fall angekommen wäre: Welche Konsequenzen hat eine Abschlusserklärung, wenn sie keine solche Bedingung bzw. Beschränkung enthält? Wurde dann tatsächlich umfassend auf alle Rechte gegen die einstweilige Verfügung, insbesondere auf das Recht aus §§ 936, 927 ZPO verzichtet. Dies hätte zur Konsequenz, dass ohne die Beschränkung der Verzicht dazu führt, dass es eine Reihe von Schuldnern geben wird, die trotz der nun erfolgten Klärung der Rechtsfrage durch den BGH an den umfassend erklärten Verzicht dennoch gebunden wären.

Die Folge dieser Auslegung liegt auf der Hand: Der Anwalt, der den Mandanten bei Abgabe der Abschlusserklärung berät und keine Beschränkung des Verzichts aufnimmt, wird vom Mandanten nachfolgend auf Schadensersatz in Anspruch genommen:

Erinnert sei in diesem Zusammenhang an das anwaltliche Pflichtprogramm: Der Rechtsanwalt ist grundsätzlich zur allgemeinen, umfassenden und möglichst erschöpfenden Belehrung des Auftraggebers verpflichtet. Unkundige muss er über die Folgen ihrer Erklärungen belehren und vor Irrtümern bewahren. In den Grenzen des Mandats hat er dem Mandanten diejenigen Schritte anzuraten, die zu dem erstrebten Ziele zu führen geeignet sind und Nachteile für den Auftraggeber zu verhindern, soweit solche voraussehbar und vermeidbar sind. Dazu hat er dem Auftraggeber den sichersten und gefahrlosesten Weg vorzuschlagen und ihn über mögliche Risiken aufzuklären, damit der Mandant zu einer sachgerechten

Entscheidung in der Lage ist.¹² Der Rechtsanwalt hat seine Tätigkeit für den Mandanten in erster Linie an der höchstrichterlichen Rechtsprechung auszurichten; denn diese hat richtungweisende Bedeutung für Entwicklung und Anwendung des Rechts.¹³

Wenn ein Rechtsgebiet ersichtlich in der Entwicklung begriffen und (weitere) höchstrichterliche Rechtsprechung zu erwarten ist, dann muss ein Anwalt, der eine Angelegenheit aus diesem Bereich zu bearbeiten hat, auch Spezialzeitschriften in angemessener Zeit durchsehen.¹⁴ Insbesondere bedeutet dies nahezu das Antizipieren der Rechtsprechung des BGH durch den Anwalt, wenn ein Bereich noch keine Klärung erfahren hat und daher mit einer Entscheidung zu rechnen ist.¹⁵

Dies würde für alle Fälle des Weglassens einer Beschränkung des Verzichts für die handelnden Anwälte eine Haftungsfalle bedeuten. Vielleicht auch um der Anwaltschaft diese Angst zu nehmen, führt der BGH über den Fall hinaus aus, dass ein umfassend erklärter Verzicht nach dem objektiven Empfängerhorizont unter Berücksichtigung von Treu und Glauben auszulegen sei und dass eine Abschlusserklärung, in der auf die Rechte aus §§ 924, 926 und § 927 ZPO ohne ausdrückliche Einschränkung verzichtet wird, kein weitergehender Erklärungsinhalt beigemessen wird, als er für den Zweck der Abschlusserklärung, die angestrebte Gleichstellung des vorläufigen mit dem Hauptsachetitel zu erreichen, erforderlich ist. Dies bedeutet konkret, dass auch ein umfassend erklärter Verzicht nicht dazu führt, dass der Unterlassungsschuldner auf die Rechte aus § 927 ZPO auch insoweit verzichten wollte, als sie mit den Einwendungen übereinstimmen, die einem rechtskräftigen Hauptsachetitel nach § 767 ZPO entgegengehalten werden könnten.¹⁶

¹² Ständige Rechtsprechung: vgl. BGH, NJW-RR 2008, 1235, 1236 Tz. 14 m.w.N; NJW 2007, 2485, 2486.

¹³ BGH, NJW 2001, 675, 678; NJW 1993, 3323, 3324.

¹⁴ BGH, NJW 2001, 675, 678; NJW 1979, 877.

¹⁵ In den instanzgerichtlichen Entscheidungen ist die Frage des Umfangs des Verzichts in einer Abschlusserklärung bereits thematisiert worden, vgl. insoweit nur KG, NJWE-RR 1996, 162 – Lattenrost.

¹⁶ BGH, GRUR 2009, 1096, 1098, Tz. 26 – Meischer weis.

2. Zukünftig abzugebende Abschlusserklärungen ohne Beschränkung des Verzichts

Diese obigen Ausführungen dürften allerdings nur für bereits abgegebene Abschlusserklärungen gelten. Wird nunmehr vom Anwalt eine Abschlusserklärung ohne eine Beschränkung des Verzichts abgegeben, droht möglicherweise dennoch die Anwaltshaftung. An einer anderen Stelle¹⁷ des Urteils führt der BGH nämlich noch aus, wie künftige Fälle zu behandeln sein könnten. Er stellt darauf ab, dass nunmehr die Frage beantwortet wurde, ob eine Änderung der Gesetzeslage oder Rechtsprechung mit der Vollstreckungsgegenklage im wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsverfahren geltend gemacht werden können. Daraus zieht er die Konsequenz, es „wird zukünftig ausreichen, dass der Unterlassungsschuldner sich die Rechte aus § 927 ZPO vorbehält, die er auch gegen einen im Hauptsacheverfahren ergangenen rechtskräftigen Titel geltend machen könnte.“ Umgekehrt heißt dies jedoch auch, dass ein umfassender formulierter Verzicht nun – nach Klärung dieser Frage – wohl nicht mehr das Rechtsschutzbedürfnis der Hauptsacheklage ausschließen wird. Daher ist jedem Anwalt dringend zu empfehlen, die versteckte Handlungsanweisung des BGH zu beherzigen und die Formulierung der Beschränkung des Verzichts in der Abschlusserklärung auf deren Umfang zu prüfen und die Formulierung des BGH zu übernehmen. Anderenfalls könnten sich Abschlussschreiben von der Möglichkeit vermeintlich leicht und schnell verdienter Gebühren zu erheblichen Haftungsfallen entwickeln.

¹⁷ BGH, GRUR 2009, 1096, 1098, Tz. 27 (letzter Absatz) – Mescher weis.

ANM. ZU *OLG KÖLN*, URTEIL VOM 20.05.2009 – 6 U 195/08 – PROTIPOWER/PROTIFIT

Von Dr. Jan Eichelberger, LL.M.oec.

I. Nun ist es also passiert: Ein deutsches Gericht – das *OLG Köln* – ließ sich von der *Bainbridge*-Entscheidung des *EuGH*¹ verunsichern und wandte § 26 III 2 MarkenG wegen vermeintlicher Gemeinschaftsrechtswidrigkeit nicht an. Was war geschehen? Der *EuGH* hatte über die Vereinbarkeit der italienischen Defensivmarkenregelung (Art. 24 IV c.p.i.)² mit dem Gemeinschaftsmarkenrecht zu entscheiden. Ohne dass es für die Entscheidung des Rechtsstreits von Bedeutung gewesen wäre, verstieg sich der *EuGH* zu der Feststellung, dass es die Vorschriften der GMV nicht erlaubten, „den einer eingetragenen Marke zukommenden Schutz mittels des Nachweises ihrer Benutzung auf eine andere eingetragene Marke, deren Benutzung nicht nachgewiesen ist, mit der Begründung auszuweiten, dass die letztgenannte Marke nur eine leichte Abwandlung der erstgenannten Marke darstelle.“³ Dies könnte dahingehend zu verstehen sein, dass eine rechtserhaltende Benutzung einer Marke durch eine ihrerseits eingetragene Abwandlungsform ausgeschlossen ist. Indem der *EuGH* zugleich auf die Parallelität zwischen Art. 15 II lit. a GMV (zu dem die Entscheidung ergangen ist) und Art. 10 I UAbs. 2 lit. a MarkenRL⁴ hinwies, stellte er – möglicherweise unbedacht – zugleich die Gemeinschaftsrechtskonformität von § 26 III 2 MarkenG in Frage.

II. Zum Hintergrund: Marken müssen zum Rechtserhalt in der eingetragenen Form für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen benutzt werden. Sowohl das Markengesetz (§ 26 III 2) als auch die GMV (Art. 15 II lit. a), die MarkenRL (Art. 10 I UAbs. 2 lit. a) sowie die PVÜ (Art. 5 II C) gewähren dahingehend eine Erleichterung, dass auch eine Benutzung in abgeänderter

Form genügt, sofern die Abweichungen den kennzeichnenden Charakter der Marke bzw. deren Unterscheidungskraft nicht beeinflussen. Bedeutsam wird dies insbesondere bei Markenmodernisierungen bzw. der Anpassung eines Zeichens an technische Erfordernisse der Kennzeichnung. Die häufig alte Priorität der eingetragenen Marke bleibt erhalten. § 26 III 2 MarkenG stellt nun klar, dass dem Benutzungszwang auch dann genüge getan ist, wenn das in den Grenzen von § 26 III 1 MarkenG abgewandelte Zeichen selbst als Marke eingetragen ist. Der deutsche Gesetzgeber wollte damit die als zu streng empfundene Rechtsprechung zum WZG⁵ korrigieren.⁶ Eine vergleichbare Regelung findet sich ausdrücklich weder in der MarkenRL noch in der GMV. Die oben zitierten Ausführungen des *EuGH* könnten nun nahelegen, dass dieser einer rechtserhaltenden Benutzung durch eine ihrerseits eingetragene abgewandelte Benutzungsform ablehnend gegenüber steht. In diesem Falle wäre das deutsche Markengesetz tatsächlich richtlinienwidrig⁷ und § 26 III 2 MarkenG unanwendbar⁸, mit dramatischen Folgen: So hätten Inhaber deutscher Marken möglicherweise seit 13 Jahren im Vertrauen auf § 26 III 2 MarkenG benutzte Abwandlungen ihrer Marken ebenfalls angemeldet und sähen sich nunmehr mit der Lösungsreife ihres ursprünglichen Zeichens oder mit bestandskräftigen Zwischenrechten (§ 22 I Nr. 2 i.V.m. § 49 I MarkenG) konfrontiert. Man darf allerdings durchaus bezweifeln, dass der *EuGH* eine derart weitreichende Feststellung ohne Vorarbeiten der Generalanwältin, ohne jeden Blick auf die Rechtsprechung der Mitgliedstaaten zu parallelen Vorschriften⁹ und ohne Begründung treffen wollte.

⁵ *BGH*, GRUR 1986, 315 – COMBURTEST; *BPatG*, Mitt. 1983, 36, 37 – Hertie; *OLG Hamburg*, GRUR 1984, 449, 451 – KING; weitere Nachw. bei *Giefers*, FS Vieregge, 1995, S. 267, 268-276.

⁶ BT-Drs. 12/6581, S. 83.

⁷ Dafür *Lange*; WRP 2008, 693, 696 ff.; dagegen v. *Mühlendahl*, WRP 2009, 1, 6; *Bergmann*, MarkenR 2009, 1, 6.

⁸ Zum Anwendungsvorrang *EuGH*, Rs. 106/77, Slg. 1978, 629 = NJW 1978, 1741, 1742 (Rn. 24) – Simmenthal II.

⁹ S. etwa die franz. *Cour de Cassation* v. 14.3.2006, n° 03-18.732, n° 04-10.971 u. n° 03-20.198, D. 2006, AJ 917, obs. *Daleau*, Jur. 1390, note *Dechristé*, die (entgegen früherer

¹ *EuGH*, Rs. C-234/06 P, GRUR 2008, 343 = GB 2008, 156 – Il Ponte Finanziaria (*Bainbridge*) mit Anm. *Eichelberger*, GB 2008, 244.

² Codice della Proprietà Industriale, dt. Übersetzung in BIPMZ 2007, 17 ff.

³ *EuGH*, Rs. C-234/06 P, GRUR 2008, 343, 347 (Rn. 86) – Il Ponte finanziaria (*Bainbridge*).

⁴ Bislang inhaltsgleich in Art. 10 II lit. a MarkenRL a.F. (89/104/EWG).

III. Das *OLG Köln* greift dies auf und lässt § 26 III 2 MarkenG unter Bezug auf die *EuGH*-Entscheidung unangewendet. Die Einwände der Literatur werden mit wenigen Worten beiseite geschoben. Die Entscheidung ist dabei in doppelter Hinsicht unglücklich. Zunächst ist es zumindest ungewöhnlich, dass ein Gericht eine Vorschrift des deutschen Rechts allein deshalb nicht anwendet, weil der *EuGH* in einer anderen Sache zu einem anderen Normenkomplex eine in der Reichweite unklare Aussage getroffen hat. Zwar ist es richtig, dass einer Richtlinie widersprechendes nationales Recht ohne weiteres unangewendet bleibt.¹⁰ Doch ist die Richtlinienwidrigkeit von § 26 III 2 MarkenG keineswegs ausgemacht. Die Ausführungen des *EuGH* in der *Bainbridge*-Entscheidung betreffen ausschließlich die GMV und waren darüber hinaus im konkreten Fall nicht tragend. Auch bestehen zwischen der der *Bainbridge*-Entscheidung zugrunde liegenden Defensivmarkenregelungen und der rechtserhaltenden Benutzung durch ein eingetragenes Abwandlungszeichen so erhebliche Unterschiede in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht, dass eine unreflektierte Übernahme der Aussagen ausgeschlossen ist. Es ist deshalb keineswegs sicher, dass der *EuGH* tatsächlich eine § 26 III 2 MarkenG entgegenstehende Entscheidung treffen wollte oder getroffen hat. Entsprechend kontrovers wird diese Frage in der deutschen Literatur diskutiert.¹¹ Insofern wäre zu erwarten gewesen, dass sich das *OLG Köln* eingehend mit dieser Problematik und den Argumenten der Literatur auseinandersetzt. Besonders ärgerlich ist, dass es nach der insoweit durchaus zutreffenden

ständiger Rechtsprechung) zu Art. L 714-5 des Code de la Propriété Intellectuelle, der insoweit der GMV, der MarkenRL und der PVÜ entspricht und keine dem § 26 III 2 MarkenG vergleichbare ausdrückliche Regelung der eingetragenen Benutzungsform enthält, entschieden hat, dass sich eine Beschränkung der Benutzungszurechnung auf nicht eingetragene Benutzungsformen dem Wortlaut nicht entnehmen lässt. Weitere Nachw. bei *Eichelberger*, WRP 2009, 1490, 1491, Fn. 20.

¹⁰ *EuGH*, Rs. 106/77, Slg. 1978, 629 = NJW 1978, 1741, 1742 (Rn. 24) – Simmenthal II.

¹¹ Vor der hier besprochenen Entscheidung *Lange*, WRP 2008, 693 ff.; *von Mühlendahl*, WRP 2009, 1 ff.; eingehend nun *Eichelberger*, WRP 2009, 1490 ff.

Lösung des *Senats* im Ergebnis auf die Benutzungsproblematik nicht ankam, da – wie im Urteil eingehend dargelegt wird – keine Verwechslungsgefahr vorlag. Natürlich ist es dem Gericht unbenommen, eine Klageabweisung auf mehrere Gründe zu stützen; der Überzeugungskraft einer Entscheidung mag das sogar zuträglich sein. Jedoch hätte bei einer derart brisanten Frage etwas Zurückhaltung nicht geschadet. Denn nunmehr steht eine obergerichtliche Entscheidung gegen die Richtlinienkonformität des § 26 III 2 MarkenG im Raum. Der *BGH* hatte sich in der Entscheidung „Augsburger Puppenkiste“¹² diesbezüglich ausdrücklich einer Stellungnahme enthalten, möglicherweise wohlwissend, dass anderenfalls eine Vorlage an den *EuGH* notwendig sein könnte, verbunden mit der Gefahr, dass dieser seine Ausführungen aus der *Bainbridge*-Entscheidung vertieft und auf die MarkenRL überträgt.

IV. Das *OLG Köln* hat aus seiner Sicht mit Recht davon abgesehen, die Revision zuzulassen. Zwar handelt es sich hinsichtlich der Vereinbarkeit von § 26 III 2 MarkenG mit der MarkenRL um eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung (§ 543 II 1 Nr. 1 ZPO). Doch setzt die Zulassung der Revision allgemein voraus, dass die zu klärende Rechtsfrage im Revisionsverfahren entscheidungserheblich ist.¹³ Dies ist zu verneinen, wenn das Berufungsgericht seine Entscheidung vor- oder gleichrangig und nicht nur hilfsweise auf eine zweite Begründung stützt, die sein Ergebnis trägt oder die angegriffene Entscheidung – unter Aussparung der als klärungsbedürftig angesehenen Rechtsfrage oder trotz des gerügten Rechtsfehlers – aus anderen Gründen im Ergebnis richtig ist.¹⁴ So ist er hier. Da das *OLG Köln* die Klage gleichrangig auch mangels Verwechslungsgefahr abgewiesen hat, fehlt es an der Entscheidungserheblichkeit hinsichtlich der Frage der Anwendbarkeit von § 26 III 2 MarkenG.

¹² *BGH*, GRUR 2009, 772, 775 (Rn. 43) – Augsburger Puppenkiste mit Anm. *Schrader*, GB 2009, 196 ff.

¹³ *BGH*, NJW 2003, 831.

¹⁴ *Musielak-Ball*, ZPO, 7. Aufl., 2009, § 543 Rn. 9k; *Zöller-Heßler*, ZPO, 27. Aufl., 2009, § 543 Rn. 6a; *BGH*, NJW 2003, 3205, 3206; *BGH*, FamRZ 2005, 1667, 1668.

V. Die vorliegende Entscheidung vermehrt die durch die Bainbridge-Entscheidung ausgelöste Unsicherheit im Hinblick auf die selbständige Eintragung von Abwandlungsformen von Registermarken. Klarheit und Rechtssicherheit kann hier nur der *BGH* schaffen. Ob dieser im hiesigen Verfahren allerdings der Nichtzulassungsbeschwerde¹⁵ stattgibt, ist angesichts der in der Augsburger Puppenkiste-Entscheidung geübten Zurückhaltung fraglich.

AUS DER RECHTSPRECHUNG DES *EUG* ZUM GE-
MEINSCHAFTSMARKENRECHT IM 4. QUARTAL 2009

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

I. Aktivlegimitation und Rechtsschutzbedürfnis für einen Antrag auf Erklärung des Verfalls oder der Nichtigkeit wegen Nichtbenutzung

Die Klägerin war Inhaberin einer Gemeinschaftsmarke, die auf Antrag der Streithelferin für Verfallen wegen Nichtbenutzung erklärt wurde. Sie ist der Auffassung, dass ein Antrag nach Art. 55 I lit. a GMV nur von denjenigen natürlichen oder juristischen Personen gestellt werden könne, die in den Anwendungsbereich dieser Verordnung fielen. Zudem hänge die Antragsbefugnis davon ab, dass geschäftliche Interessen nachgewiesen würden, denen die Verordnung Vorrang gegenüber Markenmeldungen oder Markeneintragungen einräumen. Ein derartiges Rechtsschutzinteresse sei selbst dann eine Zulässigkeitsvoraussetzung, wenn der Antrag auf absolute Nichtigkeitsgründe (wie hier die Nichtbenutzung) gestützt sei.

Das *EuG* (Urt. v. 3.12.2009 – T-223/08 sowie T-245/08) stellte demgegenüber klar, dass im Rahmen des Art. 55 I lit. a GMV weder der zur Antragstellung befugte Personenkreis beschränkt ist noch ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis vorliegen muss.

„[18] Nach dem Wortlaut von Art. 55 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 40/94 kann ein Antrag auf Verfallserklärung einer Gemeinschaftsmarke gemäß Art. 50 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung „vo[n] jeder natürlichen oder juristischen Person sowie jedem Interessenverband von Herstellern, Erzeugern, Dienstleis-

tungsunternehmen, Händlern oder Verbrauchern, der nach dem für ihn maßgebenden Recht prozessfähig ist“, beim HABM gestellt werden. Art. 55 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 40/94 enthält somit weder einen Hinweis auf ein Rechtsschutzbedürfnis noch eine Bedingung betreffend die Staatsangehörigkeit oder den Wohn- oder Geschäftssitz.

[19] Sodann folgt aus der Systematik von Art. 55 Abs. 1 der Verordnung Nr. 40/94, dass für einen Antrag auf Verfallserklärung wie den hier vorliegenden kein Rechtsschutzbedürfnis erforderlich ist. Dieser Artikel sieht nämlich eine unterschiedliche Behandlung zum einen für Anträge auf Verfallserklärung und solche auf Nichtigkeitsgründe vor, die auf absolute Nichtigkeitsgründe gestützt werden, und zum anderen für Anträge, die auf relative Nichtigkeitsgründe gestützt werden.

[20] So ist, wie oben in Randnr. 18 ausgeführt, in Art. 55 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 40/94, der insbesondere Anträge auf Verfallserklärung und Anträge auf Nichtigkeitsgründe betrifft, die auf einen absoluten Nichtigkeitsgrund gestützt werden, nichts von einem Erfordernis erwähnt, dass derjenige, der einen Antrag auf Nichtigkeitsgründe stellt, ein Rechtsschutzbedürfnis nachweisen müsste. Diese Vorschrift verlangt lediglich, dass der Antrag auf Verfallserklärung oder auf Nichtigkeitsgründe von einer natürlichen oder juristischen Person oder von einem Verband gestellt wird, der prozessfähig ist.

[21] Hingegen ist in Art. 55 Abs. 1 Buchst. b und c der Verordnung Nr. 40/94 (jetzt Art. 56 Abs. 1 Buchst. b und c der Verordnung Nr. 207/2009), der Anträge betrifft, die auf relative Nichtigkeitsgründe gestützt werden, vorgesehen, dass solche Anträge nur von Inhabern von Marken oder älteren Rechten sowie von Lizenznehmern gestellt werden können, die von Inhabern von Marken hierzu ausdrücklich ermächtigt worden sind, oder von Personen, die berechtigt sind, die älteren Rechte geltend zu machen. Demnach können nur Personen, die ein Rechtsschutzbedürfnis haben, Anträge auf Nichtigkeitsgründe nach Art. 55 Abs. 1 Buchst. b und c der Verordnung Nr. 40/94 stellen.

[22] Aus der Systematik von Art. 55 Abs. 1 der Verordnung Nr. 40/94 ergibt sich somit, dass der Gesetzgeber jeder natürlichen oder juristischen Person und jedem Verband, der prozessfähig ist, ermöglichen wollte, Anträge auf Verfallserklärung und auf absolute Nichtigkeitsgründe gestützte Anträge auf Nichtigkeitsgründe zu stellen, wohingegen er für Anträge auf Nichtigkeitsgründe aufgrund relativer Nichtigkeitsgründe den Kreis der Antragsteller ausdrücklich beschränkt hat.

¹⁵ Anhängig unter Az. I ZR 84/09.

[23] Dies wird schließlich durch eine teleologische Auslegung des neunten Erwägungsgrundes der Verordnung Nr. 40/94 (jetzt zehnter Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 207/2009) gestützt, wonach der Schutz der Gemeinschaftsmarke sowie jeder eingetragenen älteren Marke, die ihr entgegensteht, nur insoweit berechtigt ist, als diese Marken tatsächlich benutzt werden. Im Licht einer solchen Erwägung zeigt sich der Zweck von Art. 55 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 40/94, der darin besteht, einem möglichst breiten Personenkreis die Möglichkeit zu bieten, eine Gemeinschaftsmarke anzufechten, die während einer bestimmten Zeit nicht ernsthaft benutzt wurde. Deshalb beschränkt sich diese Vorschrift darauf, von demjenigen, der den Antrag auf Verfallserklärung stellt, zu verlangen, dass er Rechtspersönlichkeit besitzt oder prozessfähig ist; sie setzt aber nicht voraus, dass er ein Rechtsschutzbedürfnis nachweist oder die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats oder einen Wohnsitz in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft besitzt.

[24] Insbesondere in Bezug auf die Antragsbefugnis ist auch festzustellen, dass Art. 88 der Verordnung Nr. 40/94 (jetzt Art. 92 der Verordnung Nr. 207/2009) ausdrücklich vorsieht, dass natürliche oder juristische Personen, die weder Wohnsitz noch Sitz, noch eine tatsächliche und nicht nur zum Schein bestehende gewerbliche oder Handelsniederlassung in der Gemeinschaft haben, in jedem durch diese Verordnung geschaffenen Verfahren mit Ausnahme der Einreichung einer Anmeldung für eine Gemeinschaftsmarke gemäß Art. 89 Abs. 1 der Verordnung Nr. 40/94 (jetzt Art. 93 Abs. 1 der Verordnung Nr. 207/2009) vor dem HABM vertreten sein müssen. Daraus folgt, dass juristische Personen wie die Streithelferin, die keinen Sitz in der Gemeinschaft haben, nicht vom Anwendungsbereich der Verordnung Nr. 40/94 ausgeschlossen sind.

[25] Dies wird nicht durch das Vorbringen der Klägerin in Frage gestellt, dass das ihrer Ansicht nach wettbewerbswidrige Verhalten der Streithelferin, das in der Eintragung nationaler Marken bestehe, die mit der Gemeinschaftsmarke der Klägerin identisch seien, zur Unzulässigkeit des Antrags auf Verfallserklärung hätte führen müssen gemäß Art. 79 der Verordnung Nr. 40/94 (jetzt Art. 83 der Verordnung Nr. 207/2009), wonach das Amt die in den Mitgliedstaaten im Allgemeinen anerkannten Grundsätze des Verfahrensrechts berücksichtigt, soweit die Verordnung Nr. 40/94 oder die Durchführungsverordnungen keine Vorschriften über das Verfahren enthalten, in Verbindung mit Art. 4 Abs. 4 Buchst. g der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (ABl. 1989, L 40, S. 1), wonach jeder Mitgliedstaat die Ein-

tragung einer Marke verweigern oder die Marke für ungültig erklären kann, soweit die Marke mit einer im Ausland benutzten Marke verwechselt werden kann, wenn der Anmelder die Anmeldung bösgläubig eingereicht hat.

[26] Zum einen macht Art. 55 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 40/94 weder die Zulässigkeit noch die Begründetheit eines Antrags auf Verfallserklärung vom guten Glauben dessen, der den Verfallsantrag stellt, abhängig. Zum anderen ist diese Bestimmung weder lückenhaft noch mehrdeutig, so dass hier Art. 79 der Verordnung Nr. 40/94 nicht anwendbar ist. Ebenso wenig ist Art. 4 Abs. 4 Buchst. g der Ersten Richtlinie 89/104 im Rahmen des vorliegenden Rechtsstreits anwendbar, da er die Eintragung nationaler Marken und somit jedenfalls nicht die Verfallsverfahren betrifft.“

II. Keine Bindung der Nichtigkeitsabteilung an Entscheidungen der Widerspruchsabteilung

Die Klägerin erhob Widerspruch gegen die Anmeldung der Marke „TiMi KINDERJOGHURT“. Die den Widerspruch zurückweisende Entscheidung der Widerspruchsabteilung wurde von der Vierten Beschwerdekammer bestätigt. Die Marke wurde eingetragen und veröffentlicht. Sodann reichte die Klägerin einen Antrag auf Nichtigkeitsklärung dieser Marke ein. Die Zweite Beschwerdekammer hob die stattgebende Entscheidung der Nichtigkeitsabteilung auf und wies den Antrag auf Nichtigkeitsklärung zurück. Zur Begründung führte die Beschwerdekammer zunächst aus, dass die Nichtigkeitsabteilung, obgleich Entscheidungen über Widersprüche keine Rechtskraft zukomme, an die Feststellungen und die Schlussfolgerungen in der Sache, die in früheren Entscheidungen des HABM enthalten seien, gebunden bleibe, denn dies folge aus der Regel *nemo potest venire contra factum proprium*, wonach die Verwaltung durch ihre eigenen Handlungen gebunden werde, insbesondere wenn diese den Verfahrensbeteiligten den ordnungsgemäßen Erwerb von Rechten an einer Gemeinschaftsmarke erlaubt hätten.

Das *EuG* (Urt. v. 14.10.2009 – T-140/08) verneinte eine derartige Bindung der Nichtigkeitsabteilung.

„[34] Gleichwohl ist vor der Prüfung des zweiten Klagegrundes darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdekammer in den Randnrn. 17 bis 29 der angefochtenen Entscheidung zu Recht dar-

legte, dass der Grundsatz der Rechtskraft, nach dem der endgültige Charakter einer gerichtlichen Entscheidung nicht in Frage gestellt werden darf, auf das Verhältnis zwischen einer Endentscheidung über einen Widerspruch und einem Antrag auf Nichtigkeitsklärung insbesondere deshalb keine Anwendung findet, weil die Verfahren vor dem HABM Verwaltungsverfahren und keine gerichtlichen Verfahren sind und weil die einschlägigen Vorschriften der Verordnung Nr. 40/94, nämlich Art. 52 Abs. 4 und Art. 96 Abs. 2 (jetzt Art. 53 Abs. 4 und Art. 100 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009), nichts in diesem Sinne vorsehen.

35 Ebenfalls zu Recht hat die Beschwerdekammer in Randnr. 30 der angefochtenen Entscheidung ausgeführt, dass die in der Entscheidung über einen Widerspruch getroffenen Feststellungen bei der Entscheidung über einen Antrag auf Nichtigkeitsklärung im Verhältnis zwischen denselben Beteiligten, mit gleichem Gegenstand und mit gleicher Begründung nicht völlig unbeachtet bleiben dürfen, sofern diese Feststellungen oder entschiedenen Punkte nicht durch neue Tatsachen, Beweismittel oder Gründe berührt werden. Diese Erwägung ist nämlich nur ein spezieller Ausdruck der Rechtsprechung, nach der die frühere Entscheidungspraxis des HABM einen Umstand darstellt, der bei der Beurteilung, ob ein Zeichen als Gemeinschaftsmarke eingetragen werden kann, berücksichtigt werden kann [...].

[36] Zu Unrecht hingegen nahm die Beschwerdekammer in Randnr. 30 der angefochtenen Entscheidung an, dass aufgrund der Regel *nemo potest venire contra factum proprium*, des Schutzes erworbener Rechte sowie der Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes die Stellen des HABM in einem Nichtigkeitsverfahren an die Feststellungen gebunden seien, die in der das Widerspruchsverfahren abschließenden Entscheidung getroffen worden seien. Zum einen nämlich kann die im Widerspruchsverfahren ergangene, selbst die dieses Verfahren abschließende Entscheidung, da sie keine Rechtskraft besitzt, weder erworbene Rechte noch Vertrauensschutz hinsichtlich des Ausgangs eines späteren Nichtigkeitsverfahrens begründen. Zum anderen würde, folgte man der Argumentation der Beschwerdekammer in diesem Punkt, dem Vorgehen gegen eine eingetragene Gemeinschaftsmarke, die Gegenstand einer Entscheidung über einen Widerspruch war, mittels eines Antrags auf Nichtigkeitsklärung im Verhältnis zwischen denselben Beteiligten, mit gleichem Gegenstand und mit gleicher Begründung jede praktische Wirksamkeit genommen, obgleich dieses Vorgehen, wie sich aus den vorstehenden Erwägungen ergibt, nach der Verordnung Nr. 40/94 möglich ist.“

III. „CANNABIS“ ist beschreibend für Waren der Klasse 32 und 33 (verschiedene alkoholische Getränke)

Für den Kläger wurde die Gemeinschaftsmarke „CANNABIS“ u. a. für die Klassen 32 (Biere) und 33 (Weine, Spirituosen, Liköre, Sekt, Schaumwein, Champagner) eingetragen. Auf Antrag der Streithelferin wurde die Marke für die genannten Klassen für nichtig erklärt, da sie beschreibenden Charakter im Sinne von Art. 7 Abs. 1c der GMV hätten. So bezeichne der Begriff „Cannabis“ umgangssprachlich sowohl eine Hanfpflanze als auch ein Betäubungsmittel und werde vom Durchschnittsverbraucher als klarer und unmittelbarer Hinweis auf die Merkmale der Waren aufgefasst werde, für die die Marke angemeldet worden sei.

Der Kläger ist dagegen der Auffassung, die Marke CANNABIS sei unterscheidungskräftig, da sie in keinem – auch nur mittelbaren – Zusammenhang mit Bier und Getränken im Allgemeinen stünde. Insbesondere sei der Begriff nicht üblich, um Biere oder alkoholische Getränke zu bezeichnen. Die Marke CANNABIS könne nicht als beschreibende Marke eingestuft werden, weil das Zeichen CANNABIS in Wirklichkeit ein assoziativ wirkender Ausdruck sei, der die Aufmerksamkeit der Verbraucher erregen solle und an Vergnügen, Abwechslung und Entspannung denken lasse. Da es sich genauso wie bei anderen Marken wie OPIUM oder COCA-COLA um eine „paradoxe“ und „übertreibende“ Mitteilung handele, müsse auf all diese Marken derselbe Bewertungsmaßstab angewandt werden, und die auf derartige Gründe gestützte Löschung der fraglichen Gemeinschaftsmarke verstoße gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz.

Außerdem wandte sich der Kläger gegen die in der angefochtenen Entscheidung enthaltene Definition des Durchschnittsverbrauchers, denn dieser sei weder ein Verbraucher von Betäubungsmitteln, der die gleichen Wirkungen wie beim Gebrauch von Cannabis zu erzielen suche, noch ein „Gewohnheitstrinker“. Der Durchschnittsverbraucher sei ein Liebhaber von Bier mit einem Maß an Intelligenz, Sorgfalt und Umsicht, das dem durchschnittlichen Maß der Art von Kunden entspreche, für die das Produkt bestimmt sei. Man müsse sich fragen, ob ein aufgeklärter Verbraucher beim Kauf eines Getränks der Marke CANNABIS

sofort annehme, dass es sich tatsächlich um Cannabis handle. Im vorliegenden Fall sei davon auszugehen, dass der Durchschnittsverbraucher auf dem Etikett überprüfe, aus welchen Zutaten das Produkt bestehe. Demzufolge halte lediglich ein schlecht informierter Verbraucher den Begriff „Cannabis“ für einen klaren und unmittelbaren Hinweis auf die Eigenschaft der fraglichen Waren.

Das *EuG* (Urt. v. 19.11.2009 – T-234/06) folgt dieser Argumentation nicht.

„[19] Zunächst ist festzustellen, dass der Begriff „Cannabis“ [...] drei mögliche Bedeutungen hat. Erstens bezieht er sich auf eine Hanfpflanze, deren gemeinsame Marktorganisation gemeinschaftlich geregelt ist und deren Erzeugung in Bezug auf den Gehalt an Tetrahydrocannabinol (THC), den Cannabis-Wirkstoff, sehr strengen Rechtsvorschriften unterliegt. [...] Zweitens bezieht sich der Begriff „Cannabis“ auf einen Suchtstoff, der in vielen Mitgliedstaaten verboten ist. Drittens bezeichnet er eine Substanz, deren mögliche therapeutische Verwendung derzeit [...] diskutiert wird.

[20] Gemäß zwei vom HABM vorgelegten wissenschaftlichen Studien wird Cannabis, das auch als „Hanf“ bezeichnet wird, im Lebensmittelbereich in verschiedenen Formen (Öle, Kräutertees) und in unterschiedlichen Zubereitungen (Tees, Teigwaren, Backwaren, Getränke mit oder ohne Alkohol usw.) verwendet. [...] Toxikologische Untersuchungen dieser Erzeugnisse haben ergeben, dass diese eine sehr niedrige, weit unter dem genannten Schwellenwert von 0,2 % liegende THC-Konzentration besitzen und daher keine bewusstseinsverändernden Wirkungen entfalten. [...]

[22] Aus diesen Feststellungen ergibt sich entgegen dem Vorbringen des Klägers erstens, dass sich der Begriff „Cannabis“ nicht nur auf Betäubungsmittel und bestimmte Heilsubstanzen bezieht, und zweitens, dass Hanf bei der Herstellung von Lebensmitteln und Getränken rechtmäßig verwendet wird. Daher ist unter Berücksichtigung dieser Feststellungen zu prüfen, ob die Wortmarke CANNABIS für die von ihr erfassten Waren der Klassen 32 und 33 des Nizzaer Abkommens beschreibend ist.

[29] In diesem Zusammenhang ist zu prüfen, ob ein normal informierter und angemessen aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher beim bloßen Anblick eines Getränks der Marke CANNABIS als Wortzeichen ohne irgendeinen Zusatz denken könnte, dass es sich bei dieser Marke um eine Beschreibung der Merkmale der fraglichen Waren handelt.

[30] Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass [...] ein sachlicher Zusammenhang zwischen dem Zeichen CANNABIS und bestimmten Merkmalen der genannten Waren besteht. Wie sich aus den vom HABM und von der Streithelferin vorgelegten Unterlagen ergibt, wird Cannabis nämlich üblicherweise bei der Herstellung zahlreicher Lebensmittel verwendet, darunter der von Bier und bestimmten Getränken. Aus denselben Unterlagen ergibt sich auch, dass derzeit bestimmte, Cannabis enthaltende Biere auf dem europäischen Lebensmittelmarkt angeboten werden.

[32] Diese Umstände lassen erkennen, dass der Durchschnittsverbraucher der Gemeinschaft bei dem Anblick eines alkoholischen Getränks oder Bieres der Marke CANNABIS sofort und ohne weiteres Nachdenken eine Beschreibung der Merkmale der fraglichen Produkte wahrnehmen wird, und zwar insbesondere von Cannabis, das eine der Zutaten ist, die bei der Herstellung dieser Produkte als Aroma verwendet werden können.

[33] Dieses Merkmal ist für den Durchschnittsverbraucher auch nicht ohne Interesse. Wie die Beschwerdekammer in Randnr. 27 der angefochtenen Entscheidung ausgeführt hat, tut, „wer ein Bier der Marke CANNABIS kauft, ... dies mit großer Wahrscheinlichkeit, weil er davon überzeugt ist, dass es Cannabis enthält, und ihn die Möglichkeit reizt, mit dem Getränk die gleichen oder zumindest ähnliche Wirkungen wie mit dem Konsum von Cannabis in anderer Form zu erzielen“. Die Tatsache, dass Cannabis einer der Bestandteile des Bieres oder des alkoholischen Getränks ist, ist daher ein entscheidendes Merkmal der Kaufentscheidung des Verbrauchers und somit ein wesentliches Merkmal der von der Marke erfassten Waren, das der angesprochene Verbraucher bei der von ihm zu treffenden Auswahl berücksichtigt.

[34] Das Vorbringen des Klägers, das Zeichen CANNABIS sei ein assoziativ wirkender Ausdruck, der die Aufmerksamkeit der Verbraucher erregen solle und an Vergnügen, Abwechslung und Entspannung denken lasse, kann den beschreibenden Eindruck, den das Zeichen beim Verbraucher hervorruft, nicht in Frage stellen. Das Wortzeichen CANNABIS ist als solches für den Verbraucher lediglich ein unmittelbarer Hinweis auf eine der möglichen Zutaten der Produkte, für die die Marke eingetragen wurde. Deshalb geht das Wortzeichen CANNABIS über den Bereich der Suggestion weit hinaus und fällt in den Bereich der Beschreibung. Es ist daher als eine Beschreibung und nicht als eine Suggestion oder Anspielung aufzufassen [...]

IV. Zum Nachweis der durch Benutzung erlangten Unterscheidungskraft (Art. 7 III GMV)

Für *Deere & Company* wurde eine Farbmarke (grün/gelb) eingetragen. Die Klägerin meint, der Marke fehle die originäre Unterscheidungskraft und die für den Erwerb der Unterscheidungskraft notwendige Benutzung (Art. 7 III GMV) sei nicht nachgewiesen. Die Angaben über die Absatzmengen, die Werbeausgaben und die Marktanteile betreffen nicht alle Gebiete oder seien für viele unter ihnen besonders dünn.

Das *EuG* (Urt. v. 28.10.2009 – T-137/08) folgt dem nicht:

„[39] Obwohl der Nachweis zu erbringen ist, dass die angegriffene Marke in der gesamten Gemeinschaft Unterscheidungskraft erlangt hat [...], wird keineswegs verlangt, für jeden Mitgliedstaat die gleiche Art von Beweisen vorzulegen.“

[40] Dass außer für Deutschland die Akten keine Meinungsumfragen zur Evaluierung der Wahrnehmung der angegriffenen Marke durch die maßgeblichen Verkehrskreise in der Europäischen Union enthielten, kann deshalb nicht zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung führen.

[41] Fehlt es an einer Meinungsumfrage, schließt das den Nachweis, dass ein Zeichen durch Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hat, nicht aus, weil dieser Nachweis mit anderen Mitteln erbracht werden kann [...]. Aus dem Urteil *Windsurfing Chiemsee* (Randnrn. 49 bis 53) ergibt sich nämlich, dass die Durchführung einer Meinungsumfrage nicht absolut notwendig ist, um festzustellen, ob ein Zeichen durch Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hat. [...]

[43] Zum Vorbringen der Klägerin, die Marktanteile der Streithelferin [= Markeninhaberin] seien zu gering gewesen, um eine umfassende und dauerhafte Marktdurchdringung beweisen zu können, ist festzustellen, dass es sich bei den fraglichen Waren um höherpreisige Güter handelt, vor deren Erwerb sich der Verbraucher genau über das Produktangebot informiert und die verschiedenen konkurrierenden Modelle vergleicht und prüft.

[44] Auf einem solchen Markt braucht eine Marke keinen großen Marktanteil zu erzielen, damit angenommen werden kann, dass die maßgeblichen Verbraucher sie im Gedächtnis behalten haben. Hierfür genügt der Nachweis, dass die angegriffene Marke über einen länge-

ren Zeitraum konstant auf dem Markt präsent war.

[45] Im vorliegenden Fall ist den Akten der Beschwerdekammer zum einen zu entnehmen, dass die Streithelferin vor 1996 in der Europäischen Union für ihre gesamten landwirtschaftlichen Maschinen über einen erheblichen Zeitraum kohärent dieselbe Farbkombination verwendet hat und dass zum anderen in den Ländern, in denen der Marktanteil der Streithelferin nach Ansicht der Klägerin besonders niedrig war, die Marktpräsenz der Streithelferin der Markenmeldung um mindestens 30 Jahre vorausgeht, denn sie geht in Finnland auf 1939, in Griechenland auf 1949, in Italien auf 1953 und in Österreich auf 1966 zurück (Randnrn. 5 und 38 der angefochtenen Entscheidung). Diese Tatsachen wurden von der Klägerin nicht bestritten.

[46] Aus dem Vorstehenden folgt, dass [...] die Klägerin zu Unrecht vorträgt, es sei rechtlich nicht hinreichend bewiesen, dass die Streithelferin die Kombination der Farben Grün und Gelb als Marke auf ihren Waren benutzt habe und die Verbreitung ihrer Waren in allen Staaten, die am 1. April 1996 Mitgliedstaaten der Europäischen Union waren, umfassend und dauerhaft gewesen sei.

B. ENTSCHEIDUNGEN

I. EUGH / EuG

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

1. MARKENRECHT

Richtlinie 89/104/EWG – Markenrecht – Erschöpfung der Rechte des Markeninhabers – Inverkehrbringen von Waren im Europäischen Wirtschaftsraum durch einen Dritten – Konkludente Zustimmung – Voraussetzungen

Urteil des Gerichtshofs (Erste Kammer) v. 15.10.2009 – C-324/08 (Vorabentscheidungsersuchen des Hoge Raad der Niederlande [Niederlande]) – Makro Zelfbedieningsgroothandel CV, Metro Cash & Carry BV, Remo Zaandam BV ./.. Diesel SpA

Art. 7 Abs. 1 der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken in der durch das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 2. Mai 1992 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass die Zustimmung des Inhabers einer Marke zum Inverkehrbringen von mit dieser Marke versehenen Waren unmittelbar im EWR durch einen Dritten, der keinerlei wirtschaftliche Verbindung zu dem Markeninhaber aufweist, konkludent sein kann, sofern sie sich aus Anhaltspunkten und Umständen vor, bei oder nach dem Inverkehrbringen innerhalb des EWR ergibt, die nach der Beurteilung des nationalen Gerichts mit Bestimmtheit einen Verzicht des Inhabers auf sein Recht erkennen lassen.

III BVerfGG) seit Inkrafttreten der Norm erhoben wurde.

2. Der Gesetzgeber hat bereits mit dem ersten Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft (2003) eine eindeutige Antwort auf die Frage gegeben, ob die digitale Privatkopie zulässig bleiben soll, so dass die Ergänzung des Tatbestandes um die Worte „oder öffentlich zugänglich gemachte“ im Zuge der Umsetzung der Enforcement-RL nicht zu einer Veränderung des materiellen Gewichts der Norm führte, die einen Neubeginn der Frist rechtfertigte.

3. Es bedarf keiner Entscheidung, ob die von den Beschwerdeführern beklagte ent-eignende Wirkung von § 53 Abs. 1 UrhG angesichts einer immer stärkeren Verbreitung privater Digitalkopien bei einer etwaigen zukünftigen Urheberrechtsnovelle den Gesetzgeber dazu zwingt, die private Digitalkopie einzugrenzen oder sonstige Maßnahmen zu ergreifen, um das Eigentumsrecht der Tonträgerhersteller nicht zu entwerten. (Ls. der Redaktion)

II. BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

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

Verfassungsbeschwerde gegen § 53 I UrhG nicht zur Entscheidung angenommen

Beschl. v. 7.10.2009 – 1 BvR 3479/08

1. Die Verfassungsbeschwerde gegen § 53 I UrhG (Privatkopierfreiheit) ist unzulässig, weil sie nicht innerhalb eines Jahres (§ 93

III. BUNDESGERICHTSHOFzusammengestellt von *Stephan Kunze***1. PATENTRECHT / GEBRAUCHSMUSTERRECHT****Druckmaschinen-Temperierungssystem III**BGH, Beschluss vom 28. Juli 2009 - X ZR 153/04 - Bundespatentgericht
GKG § 51 Abs. 1

Bei der Bestimmung des Werts des Patentnichtigkeitsverfahrens ist die Klagesumme einer bezifferten Patentverletzungsschadensersatzklage regelmäßig in voller Höhe zu berücksichtigen.

Fundstelle: WRP 2009, 1401; GRUR 2009, 1100; MittDtschPatAnw 2009, 518

PolyolefinfolieBGH, Beschluss vom 8. September 2009 - X ZB 35/08 - Bundespatentgericht
PatG § 100 Abs. 3 Nr. 3

a) Es verletzt den Anspruch auf rechtliches Gehör, wenn das Patentgericht die Patentfähigkeit eines Patents unter Berufung auf eine Veröffentlichung verneint, die der Einsprechende nur beiläufig in Zusammenhang mit einem (neben der fehlenden Patentfähigkeit) zusätzlich geltend gemachten Widerrufgrund erwähnt hat, ohne zuvor den Patentinhaber darauf hinzuweisen, dass diese Veröffentlichung der Patentfähigkeit des Patents entgegenstehen könnte.

b) Dabei ist unerheblich, ob die getroffene Entscheidung nach mündlicher Verhandlung oder im schriftlichen Verfahren ergangen ist.

Fundstelle: GRUR 2009, 1192

DiodenbeleuchtungBGH, Urteil vom 29. September 2009 - X ZR 169/07 - Bundespatentgericht
EPÜ Art. 56; PatG § 4

Die Zuziehung von Experten oder sonst besser qualifizierten Fachleuten oder die Einholung von entsprechenden Erkundigungen kann vom zuständigen Fachmann erwartet werden, wenn das zu lösende Problem sich in einem sachlich naheliegenden Fachgebiet in ähnlicher Weise stellt bzw. wenn er aufgrund seiner eigenen Sachkunde erkennen kann, dass er eine

Lösung auf einem anderen Gebiet finden kann (Bestätigung von Sen.Urt. v. 26.10.1982 - X ZR 12/81, GRUR 1983, 64, 66 f. - Liegemöbel und v. 11.3.1986 - X ZR 17/83, GRUR 1986, 798 - Abfördereinrichtung für Schüttgut).

Setzt die Frage, ob gegebenenfalls der Rat eines höher qualifizierten Fachmanns hilfreich sein könnte, voraus, dass der Fachmann bereits eine ihm durch den Stand der Technik nicht nahegelegte Lösung zumindest in Grundprinzipien erdacht hat, kann die erfinderische Tätigkeit nicht mit der Begründung verneint werden, die Lösung wäre dem Spezialisten nahegelegt gewesen.

2. URHEBERRECHT / GESCHMACKSMUSTERRECHT**Nutzung von Musik für Werbezwecke**BGH, Urteil vom 10. Juni 2009 - I ZR 226/06 - OLG München; LG München I
UrhG § 31 Abs. 5

Die GEMA ist aufgrund der mit den Berechtigten geschlossenen Berechtigungsverträge in der Fassung der Jahre 2002 und 2005 nicht berechtigt, deren urheberrechtliche Nutzungsrechte hinsichtlich der Verwendung von Musikwerken zu Werbezwecken wahrzunehmen.

Talking to AddisonBGH, Urteil vom 7. Oktober 2009 - I ZR 38/07 - OLG München; LG München I
UrhG § 32 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 Satz 2

Der Übersetzer eines literarischen Werkes, dem für die zeitlich unbeschränkte und inhaltlich umfassende Einräumung sämtlicher Nutzungsrechte an seiner Übersetzung lediglich ein für sich genommen übliches und angemessenes Seitenhonorar als Garantiehonorar zugesagt ist, kann gemäß § 32 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 Satz 2 UrhG ab dem 5.000. verkauften, bezahlten und nicht remittierten Exemplar des übersetzten Werkes eine zusätzliche Vergütung beanspruchen, die bei gebundenen Büchern 0,8% und bei Taschenbüchern 0,4% des Nettoladenverkaufspreises beträgt. Besondere Umstände können es als angemessen erscheinen lassen, diese Vergütungssätze zu erhöhen oder zu senken.

Darüber hinaus kann ein solcher Übersetzer gemäß § 32 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 Satz 2 UrhG grundsätzlich die Hälfte des Nettoerlöses beanspruchen, den der Verlag dadurch erzielt, dass er Dritten das Recht zur Nutzung des übersetzten Werkes einräumt. Dabei ist unter Nettoerlös der Betrag zu verstehen, der nach Abzug der Vergütungen weiterer Rechtsinhaber verbleibt und auf die Verwertung der Übersetzung entfällt.

Fundstelle: WRP 2009, 1561; GRUR 2009, 1148

Scannertarif

BGH, Urteil vom 29. Oktober 2009 - I ZR 168/06 - OLG Düsseldorf; LG Düsseldorf UrhG § 54d Abs. 1, § 54f Abs. 3, § 54g Abs. 1 (F: 25.7.1994)

a) Der Auskunftsanspruch nach § 54g Abs. 1 UrhG a.F. gegen die zur Zahlung einer Vergütung nach § 54a Abs. 1 UrhG a.F. verpflichteten Hersteller, Importeure und Händler richtet sich nur auf Auskunftserteilung über Art und Stückzahl der im Geltungsbereich des Urheberrechtsgesetzes veräußerten oder in Verkehr gebrachten Geräte und nicht auf Auskunftserteilung über hergestellte und importierte Geräte.

b) Die von der Verwertungsgesellschaft Wort zusammen mit der Verwertungsgesellschaft Bild-Kunst gemäß § 13 UrhWG aufgestellten Tarife für die Vergütung von Scannern nach § 54a Abs. 1 UrhG a.F. sind angemessen (§ 54d Abs. 1 UrhG a.F.), soweit nach dem am 19. Dezember 1996 veröffentlichten Tarif für jeden ab dem 1. Januar 1994 veräußerten oder sonst in Verkehr gebrachten Scanner, der mindestens zwei Seiten in der Minute vervielfältigen kann, eine nach Kopiergeschwindigkeit und Auflösungsvermögen des Scanners gestaffelte Vergütung zu bezahlen ist und soweit nach dem am 19. Dezember 2000 veröffentlichten Tarif für ab dem 1. Januar 2001 veräußerte oder sonst in Verkehr gebrachte Scanner mit einer Leistungsfähigkeit von bis zu 12 Seiten in der Minute eine Vergütung von 20 DM zu entrichten ist.

c) Der doppelte Vergütungssatz nach § 54f Abs. 3 UrhG a.F. kann nur verlangt werden, wenn der Meldepflichtige schuldhaft gegen seine Meldepflicht verstoßen hat.

3. MARKENRECHT

Airdsl

BGH, Urteil vom 14. Mai 2009 - I ZR 231/06 - OLG Köln; LG Köln MarkenG § 14 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 5, §§ 5 und 15 Abs. 2 und 4

a) Der Schutz eines Domainnamens als Werktitel nach § 5 Abs. 1 und 3 MarkenG kann grundsätzlich erst einsetzen, wenn das über den Domainnamen erreichbare titelschutzfähige Werk weitgehend fertiggestellt ist.

b) Für die Vorverlagerung des Schutzes eines Werktitels durch eine Titelschutzanzeige reicht die bloße Titelanündigung auf der eigenen Internetseite der Werktitel-schutz beanspruchenden Partei nicht aus.

c) Eine markenmäßige Benutzung eines Domainnamens kommt auch dann in Betracht, wenn bei Aufruf des Domainnamens eine automatische Weiterleitung zu einer unter einem anderen Domainnamen abrufbaren Internetseite erfolgt.

MarkenR 2009, 508; GRUR 2009, 1055; K&R 2009, 717; MMR 2009, 758; WRP 2009, 1533

Partnerprogramm

BGH, Urteil vom 7. Oktober 2009 - I ZR 109/06 - OLG Köln; LG Köln MarkenG § 14 Abs. 2 und 7

a) Erscheint bei der Eingabe eines Suchbegriffs in der Trefferliste einer Suchmaschine ein Text, dem der Verkehr eine markenmäßige Benutzung des für einen Dritten als Marke geschützten Begriffs entnimmt, so genügt der Markeninhaber mit dem Vortrag dieses Geschehens im Regelfall seiner Darlegungslast für eine markenmäßige Benutzung seines Zeichens durch den Inhaber der unterhalb des Textes angegebenen, über einen elektronischen Verweis (Link) zu erreichenden Internetadresse. Macht dieser geltend, er benutze den betreffenden Begriff auf seiner Internetseite nur in einer beschreibenden Bedeutung, trägt er hinsichtlich der dafür maßgeblichen konkreten Umstände die sekundäre Darlegungslast.

b) Unterhält ein Unternehmen ein Werbepartnerprogramm, bei dem seine Werbepartner auf ihrer Website ständig einen

Link auf die das Angebot dieses Unternehmens enthaltende Internetseite bereitstellen, so sind diese Werbepartner jedenfalls dann als Beauftragte des Unternehmens i.S. von § 14 Abs. 7 MarkenG anzusehen, wenn ihnen für jeden Besucher, der über diesen Link zu dem Unternehmen gelangt und mit diesem einen Geschäftsabschluss tätigt, eine Provision gezahlt wird und der betreffende Werbepartner erst nach einer Überprüfung durch den Unternehmer selbst, der den Werbepartnern eine Auswahl für die Gestaltung der Werbemittel vorgibt, in das Partnerprogramm aufgenommen wird. Die Haftung nach § 14 Abs. 7 MarkenG beschränkt sich dabei auf das Handeln des Beauftragten auf eine bestimmte zum Partnerprogramm angemeldete Website, wenn nur über diese Website getätigte Links abgerechnet werden und der Auftraggeber auch nicht damit rechnen muss, dass der Beauftragte noch anderweitig für ihn tätig wird.

WRP 2009, 1520; GRUR 2009, 1167

4. WETTBEWERBSRECHT

0,00 Grundgebühr

BGH, Urteil vom 22. April 2009 - I ZR 14/07 - OLG Hamburg; LG Hamburg
UWG § 4 Nr. 11, § 8 Abs. 4; UWG (2008) § 5a Abs. 2 und 3 Nr. 3; PAngV § 1 Abs. 1, 3 und 6

a) Die Maßstäbe für die missbräuchliche Geltendmachung von Abwehransprüchen aus sachfremden, nicht schutzwürdigen Gründen nach § 8 Abs. 4 UWG wegen Mehrfachverfolgung eines einheitlichen Wettbewerbsverstößes sind auf die Verfolgung gleichartiger oder ähnlich gelagerter Wettbewerbsverstöße zwischen denselben Parteien übertragbar.

b) Ein Verstoß gegen Bestimmungen der Preisangabenverordnung kann eine Unlauterkeit nach § 4 Nr. 11 UWG begründen, wenn durch die Preisangabenverordnung vorgesehene Informationspflichten ihre Grundlage im Gemeinschaftsrecht haben. Das ist bei § 1 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 und 6 Satz 2 PAngV im Hinblick auf die Richtlinie 98/6/EG der Fall.

Totalausverkauf

BGH, Urteil vom 30. April 2009 - I ZR 68/07 - OLG Stuttgart; LG Stuttgart
UWG § 4 Nr. 4

Der Beginn einer Verkaufsförderungsmaßnahme muss in der Werbung nur dann angegeben werden, wenn die Maßnahme noch nicht läuft.

DB 2009, 2543; K&R 2009, 722; WRP 2009, 1510; GRUR 2009, 1180

Räumungsverkauf wegen Umbau

BGH, Urteil vom 30. April 2009 - I ZR 66/07 - OLG Oldenburg; LG Osnabrück
UWG § 4 Nr. 4

a) Ein im Hinblick auf den Umbau der Geschäftsräume durchgeführter Räumungsverkauf mit Preisherabsetzungen stellt auch dann eine Verkaufsförderungsmaßnahme i.S. des § 4 Nr. 4 UWG dar, wenn der Verbraucher Anlass hat anzunehmen, dass der Anbieter nach der Verkaufsaktion nicht mehr zum früher verlangten Preis zurückkehren wird und der herabgesetzte Preis daher den neuen Normalpreis darstellt.

b) Die Bedingungen für die Inanspruchnahme einer Verkaufsförderungsmaßnahme sind grundsätzlich bereits in der Werbung für die Maßnahme anzugeben (Ergänzung zu BGH, Ur. v. 11.9.2008 - I ZR 120/06, GRUR 2008, 1114 Tz. 13 = WRP 2008, 1508 - Räumungsfinale).

WRP 2009, 1501; GRUR 2009, 1183

Blutspendedienst

BGH, Urteil vom 30. April 2009 - I ZR 117/07 - OLG Düsseldorf; LG Wuppertal
HWG § 7 Abs. 3

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

WRP 2009, 1517; GRUR 2009, 1189

Mecklenburger Obstbrände

BGH, Urteil vom 14. Mai 2009 - I ZR 82/07 - OLG Rostock; LG Rostock
UWG §§ 3, 4 Nr. 8, § 11 Abs. 2

Die Wahrheit oder Unwahrheit der behaupteten geschäftsschädigenden Tatsache i.S. des § 4 Nr. 8 Halbs. 1 UWG gehört zu den anspruchsbegründenden Tatsachen i.S. des

§ 11 Abs. 2 Nr. 2 UWG, von deren Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis der Beginn der Verjährungsfrist abhängt.

WRP 2009, 1505; GRUR 2009, 1186

LIKEaBIKE

BGH, Urteil vom 28. Mai 2009 - I ZR 124/06 - OLG Köln; LG Köln
UWG § 4 Nr. 9 lit. a

Die wettbewerbliche Eigenart eines Erzeugnisses hängt von dem Gesamteindruck ab, den die konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale des jeweiligen Erzeugnisses vermitteln. Sie kann daher durch Gestaltungsmerkmale verstärkt oder begründet werden, die für sich genommen nicht geeignet sind, im Verkehr auf die Herkunft des Erzeugnisses aus einem bestimmten Unternehmen hinzuweisen.

Die Übernahme von Merkmalen eines Erzeugnisses, die dem freizuhaltenden Stand der Technik angehören und der angemessenen Lösung einer technischen Aufgabe dienen, kann wettbewerbsrechtlich unlauter sein, wenn eine dadurch hervorgerufene Gefahr einer Herkunftstäuschung durch zumutbare Maßnahmen zu vermeiden ist.

Unrichtige Aufsichtsbehörde

BGH, Urteil vom 10. Juni 2009 - I ZR 37/07 - LG Saarbrücken; AG Saarbrücken
BGB § 339; UWG § 13 Abs. 2 Nr. 1 a.F.

a) Hat sich der Schuldner gegenüber einem Gläubiger i.S. von § 13 Abs. 2 Nr. 1 UWG a.F. strafbewehrt unterworfen, setzt die Verwirkung der Vertragsstrafe ohne eine ausdrückliche oder konkludente Einschränkung der Unterwerfungserklärung nicht voraus, dass der Verstoß gegen das Unterlassungsgebot i.S. von § 13 Abs. 2 Nr. 1 UWG a.F. geeignet ist, den Wettbewerb auf dem relevanten Markt wesentlich zu beeinträchtigen.

b) Mehrere Vertragsstrafen, die auf jeweils gesonderte Verstöße gegen eine Unterlassungsvereinbarung gestützt werden, sind im Regelfall unterschiedliche Streitgegenstände.

5. KARTELLRECHT

Versicherergemeinschaft

BGH, Beschluss vom 7. April 2009 - KVR 34/08 - OLG Düsseldorf
GWB § 54 Abs. 2 Nr. 3, § 63 Abs. 2, § 71 Abs. 1 Satz 4; VwGO § 65 Abs. 2

a) Eine Beiladung zum Kartellverwaltungsverfahren nach § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB kommt grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn der Beiladungsantrag vor Abschluss des kartellbehördlichen Verfahrens gestellt worden ist.

b) In einem Verfahren, das darauf gerichtet ist, mehreren Wettbewerbern, die gemeinsam eine Dienstleistung anbieten, im Hinblick auf Art. 81 EG, § 1 GWB die weitere Durchführung der Kooperation zu untersagen und ihnen aufzugeben, die mit Abnehmern geschlossenen Verträge zum nächstmöglichen Zeitpunkt zu kündigen und nicht zu erneuern, sind die Abnehmer keine notwendigen Beigeladenen nach § 65 Abs. 2 VwGO, § 71 Abs. 1 Satz 4 GWB.

WRP 2009, 1391; DB 2009, 2209

Gratiszeitung Hallo

BGH, Urteil vom 23. Juni 2009 - KZR 58/07 - OLG Düsseldorf; LG Dortmund
GWB § 1; EG Art. 81 Abs. 1

a) Ein Wettbewerbsverbot in einem Gesellschaftsvertrag verstößt nicht gegen § 1 GWB, wenn es notwendig ist, um das im Übrigen kartellrechtsneutrale Gesellschaftsunternehmen in seinem Bestand und seiner Funktionsfähigkeit zu erhalten und davor zu schützen, dass ein Gesellschafter es von innen her aushöhlt oder gar zerstört.

b) Eine Notwendigkeit in diesem Sinne kann sich im Rahmen der gebotenen Gesamtwürdigung aller Umstände aus der Möglichkeit von Minderheitsgesellschaftern ergeben, durch ihr jeweiliges Stimmverhalten strategisch wichtige Unternehmensentscheidungen aufgrund einer in der Satzung enthaltenen Einstimmigkeitsklausel zu blockieren.

DB 2009, 2539; WM 2009, 2238; ZIP 2009, 2263; WRP 2009, 1551; DStR 2009, 2547

Endoskopiesystem

BGH, Beschl. v. 10. November 2009 - X ZB 8/09 - OLG Celle - Vergabekammer
GWB §§ 107 Abs. 2 Satz 2, 117 Abs. 1; VOL/A 2006 § 3 a Nr. 1 Abs. 5 lit. b

- a) Die Beschwerdefrist des § 117 Abs. 1 GWB wird nicht dadurch in Lauf gesetzt, dass die Vergabekammer eine Beschlussabschrift „vorab“ per Telefax übersendet, wenn für den Empfänger zu erkennen ist, dass die Übermittlung per Telefax nur zur Information und nicht zum Zwecke der Zustellung erfolgt.
- b) Einem Bieter, der sich an dem beanstandeten Vergabeverfahren durch die Abgabe eines Gebots beteiligt hat, droht regelmäßig auch dann im Sinne von § 107 Abs. 2 Satz 2 GWB ein Schaden durch eine Verletzung von Vergabevorschriften, wenn zu Unrecht das Verhandlungsverfahren statt des offenen Verfahrens gewählt worden ist, deshalb das Vergabeverfahren nicht ohne weiteres durch Zuschlag beendet werden darf und zur Bedarfsdeckung eine Neuausschreibung in Betracht kommt.
- c) Zur Zulässigkeit eines Verhandlungsverfahrens nach § 3 a Nr. 1 Abs. 5 lit. b VOL/A 2006.

6. SONSTIGES

Mescher weis

BGH, Urteil vom 2. Juli 2009 - I ZR 146/07
- OLG Karlsruhe; LG Karlsruhe
ZPO §§ 767, 927 Abs. 1

- a) Gegenüber einem rechtskräftigen Unterlassungstitel kann der Schuldner mit der Vollstreckungsabwehrklage geltend machen, dass das ihm untersagte Verhalten nunmehr aufgrund einer Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht mehr verboten ist.
- b) Um die entsprechenden Rechte auch gegenüber einem im Verfügungsverfahren erstrittenen und vom Schuldner als endgültige Regelung anerkannten Unterlassungstitel geltend machen zu können, muss sich der Schuldner in der Abschlusserklärung die Rechte aus § 927 Abs. 1 ZPO insoweit vorbehalten, als die veränderten Umstände auch gegenüber einem in der Hauptsache ergangenen Titel geltend gemacht werden könnten.

WRP 2009, 1388; NJW 2009, 3303; WM 2009, 2096; GRUR 2009, 1096; MittDtsch-PatAnw 2009, 524

Dazu Anm. v. *Schrader*, GB 2010, 22 (in dieser Ausgabe)

Schnellverschlusskappe

BGH, Urteil vom 13. Oktober 2009 - X ZR 79/06 - Bundespatentgericht
InsO § 352 Abs. 1, § 343 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 2, § 86 Abs. 1; ZPO § 240

Das durch einen Antrag des Schuldners eingeleitete Verfahren nach Chapter 11 des US-amerikanischen Bankruptcy Code wird als Eröffnung eines ausländischen Insolvenzverfahrens anerkannt.

Die Einleitung dieses Verfahrens bewirkt die Unterbrechung des Nichtigkeitberufungsverfahrens.

Betrifft die Insolvenz das Vermögen des Nichtigkeitsbeklagten, kann der Nichtigkeitskläger

das Berufungsverfahren jedenfalls nicht aufnehmen, bevor er bei

den zuständigen US-amerikanischen Gerichten um eine Aufhebung der Unterbrechung

(„relief from the stay“) nachgesucht hat.

ZIP 2009, 2217; WM 2009, 2330; BB 2009, 2489; DB 2009, 2657

IV. BUNDESPATENTGERICHT

zusammengestellt von *Laura Zentner*

1. PATENT- UND GEBRAUCHSMUSTERRECHT

Einspruch als unzulässige Rechtsausübung

BPatG v. 16.07.2009 - 11 W (pat) 323/06
 PatG §§ 21 Abs. 1, 2 u. 4, 59 Abs. 1, 7
 Abs. 1
 ArbEG § 7 Abs. 1

1. Hat der Arbeitnehmererfinder seine Diensterfindung selbst angemeldet, bevor er sie dem Arbeitgeber meldete, ist der Einspruch des Arbeitgebers gegen das erteilte Patent nicht deshalb unzulässig, weil er die Diensterfindung unbeschränkt in Anspruch genommen hat.

2. Der Einspruch wird nicht allein dadurch unzulässig, dass die Einsprechende durch Erwerb und Umschreibung des angegriffenen Patents selbst Patentinhaberin geworden ist.

3. Nach Umschreibung des Patents auf die Einsprechende als Patentinhaberin hängt die weitere Zulässigkeit des Einspruchs jedoch davon ab, ob die Einsprechende ein legitimes Rechtsschutzinteresse an der Aufrechterhaltung des Einspruchs besitzt.

Medizinisches Instrument

BPatG v. 21.09.2009 - 5 W (pat) 432/06
 GebrMG § 18 Abs. 2 S. 2
 PatG § 84 Abs. 2
 GebrMG § 91 Abs. 1.5.1,
 ZPO § 27 Abs. 3

1. Doppelvertretungskosten sind im Gebrauchsmusterlöschungs- und im nachfolgenden Beschwerdeverfahren nur dann anzuerkennen, wenn über den Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes hinaus derart schwierige rechtliche Fragen zu beurteilen sind, dass für deren Beurteilung das bei einem Patentanwalt vorauszusetzende rechtliche Wissen nicht ausreicht.

2. Daher ist eine Doppelvertretung in diesen Verfahren nicht bereits deshalb notwendig im Sinne von § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO, weil parallel zu ihnen ein Verletzungsverfahren betrieben wird, dessen Grundlage das angegriffene Gebrauchsmuster bildet. Denn allein aufgrund der gleichzeitigen Anhängigkeit des Verletzungsverfahrens treten im Verfahren über den Bestand des

Schutzrechts regelmäßig keine schwierigen rechtlichen Fragen auf, die die Kompetenz des Patentanwalts übersteigen.

3. Die Notwendigkeit einer Doppelvertretung kann nicht mit der vom Bundesgerichtshof bei der Erstattungsfähigkeit von Anwaltskosten als geboten angesehenen typisierenden Betrachtungsweise begründet werden.

2. MARKEN- UND KENNZEICHENRECHT

„pⁿ printnet / PRINET“

BPatG v. 11.08.2009 - 24 W (pat) 82/08
 MarkenG § 9 Abs. 1 Nr. 2

Wird in der angegriffenen jüngeren Marke ein schutzunfähiger Bestandteil markenmäßig herausgestellt, so kann er den Gesamteindruck dieser Marke prägen und eine Verwechslungsgefahr mit einer zumindest normal kennzeichnungskräftigen älteren Marke begründen (im Anschluss an BGH GRUR 1998, 930 - Fläminger; Abgrenzung zu BPatG 2002, 68 - COMFORT HOTEL).

Stadtwerke Dachau

BPatG v. 15.09.2009 - 27 W (pat) 166/09
 MarkenG § 8

1. Teilrechtsfähige Verwaltungseinheiten können Immaterialgüterrecht, wie Markenrecht, erwerben.

2. Kombinationen aus einer Ortsangabe und „Stadtwerke“ enthalten eine unterscheidungskräftige und nicht freihaltungsbedürftige betriebliche Herkunftsangabe.

3. Die Verwendung einer solchen Bezeichnung durch Private kann wettbewerbswidrig sein.

Widerruf der Beschwerderücknahme

BPatG v. 15.09.2009 - 33 W (pat) 78/07
 MarkenG § 82 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. ZPO analog §§ 516, 565, ZPO § 130a Nr. 6

Als rechtsgestaltende Prozesshandlung ist die Beschwerderücknahme schriftlich zu erklären. Dem Schriftformerfordernis genügt die erfolgreiche Übermittlung eines unterzeichneten Schriftsatzes per Telefax.

Für die Wirksamkeit der Prozesshandlung ist die Nachreichung des Schriftsatzes im Original nicht erforderlich.

Eine von einer autorisierten Person unterzeichnete Beschwerderücknahme ist auch dann wirksam, wenn sie ohne Willen des Verfahrensbeteiligten - etwa versehentlich durch das Büropersonal - abgesendet und vom Gericht empfangen wird. Den insoweit zurechenbaren Rechtsschein muss der Beteiligte gegen sich gelten lassen.

Die rechtsgestaltende Prozesshandlung der Beschwerderücknahme ist als Bewirkungshandlung - abgesehen von Fallgestaltungen i. S. d. § 580 ZPO - weder widerrufbar noch anfechtbar.

Burg Lissingen

BPatG v. 22.09.2009 - 33 W (pat) 52/08
MarkenG §§ 37, 70 Abs. 3 Nr. 2

1. Nach ständiger und vom EuGH erneut bestätigter Rechtsprechung (Beschl. v. 12.2.2009, C-39/08 und C-43/08; GRUR 2009, 667 - Volks-Handy, Schwabenpost) sind Voreintragungen identischer oder vergleichbarer Marken bei der Prüfung auf absolute Eintragungshindernisse zwar zu berücksichtigen, vermögen aber keine rechtlich bindende Wirkung zu entfalten. Die Rechtmäßigkeit von Entscheidungen über Markeneintragungen ist allein auf der Grundlage des Gesetzes und nicht auf der Grundlage einer vorherigen Entscheidungspraxis zu beurteilen.

2. Daraus, dass der vom Anmelder angeführte Gleichbehandlungsgrundsatz mit dem Gebot rechtmäßigen Handelns in Einklang gebracht werden muss, folgt, dass er sich keinesfalls auf eine fehlerhafte Rechtsanwendung zugunsten eines anderen berufen kann, um eine identische Entscheidung zu erlangen.

3. Soweit das DPMA sich nicht im Einzelnen mit den vom Anmelder angeführten Voreintragungen auseinander gesetzt hat, stellt dies keinen, und schon gar keinen wesentlichen Verfahrensmangel i. S. d. § 70 Abs. 3 Nr. 2 MarkenG dar, der zwingende Voraussetzung für eine Zurückverweisung wäre (entgegen BPatG GRUR 2009, 683 - SCHWABENPOST).

4. Aus der Forderung des EuGH, dass die zuständige Behörde im Rahmen der Prüfung einer Anmeldung die zu ähnlichen Anmeldungen ergangenen Entscheidungen berücksichtigen und besonderes Augen-

merk auf die Frage richten muss, ob im gleichen Sinne zu entscheiden ist oder nicht (a. a. O. Rn. 17), folgt lediglich, dass sich die Behörde mit den ins Verfahren eingeführten oder sonst ersichtlichen Argumenten, die für die Eintragung der verfahrensgegenständlich angemeldeten Marke sprechen, auseinandersetzen muss.

5. Prüfungsgegenstand der Anmeldung ist die konkret angemeldete Marke und sind nicht Voreintragungen, auch wenn sie als Belege für die vermeintliche Schutzfähigkeit der Anmeldung eingeführt werden. Daher verbietet es sich, über die Frage der Schutzfähigkeit oder -unfähigkeit von Voreintragungen Aussagen zu treffen, zumal diese für deren Rechtsbeständigkeit keinerlei Auswirkung hätten.

Materialbearbeitung

BPatG v. 28.09.2009 - 27 W (pat) 134/08
MarkenG § 9

Waren, die das Ergebnis einer Materialbearbeitung oder für die Materialbearbeitung geeignet sein können, wie z. B. Kleinteile, Schlüsselanhänger, Schilder, sind zu der Dienstleistung „Materialbearbeitung“ nicht gänzlich unähnlich.

Käse in Blütenform III

BPatG v. 28.10.2009 - 28 W (pat) 213/07
MarkenG §§ 50 Abs. 1, 8 Abs. 2 Nr. 10

1. Eine bösgläubige Anmeldung setzt zwingend voraus, dass die fragliche Marke mit dem Zeichen, für das ein schutzwürdiger Besitzstand geltend gemacht wird, gleich oder jedenfalls zum Verwechseln ähnlich ist. Anderenfalls kann eine Sperrwirkung von vornherein nicht eintreten. Übereinstimmungen in funktionsbedingten und damit schutzunfähigen Gestaltungselementen von Formmarken können eine markenrechtlich relevante Ähnlichkeit nicht begründen.

2. Die Verwendung von Phantasiebegriffen, mit der funktionsbedingte Produktformen der Anschein einer willkürlichen und charakteristischen Gestaltung vermittelt werden soll, bleibt ohne Einfluss auf die Beurteilung ihrer Schutzfähigkeit.

Wirkungslosigkeit eines Beschlusses nach Widerspruchsrücknahme

BPatG v. 02.11.2009 - 27 W (pat) 55/09
 MarkenG § 82
 ZPO § 269

1. § 269 Abs. 3 Satz 1 und Abs. 4 ZPO sind im markenrechtlichen Widerspruchs- und Beschwerdeverfahren über § 82 MarkenG nur in den Fällen anwendbar, in denen die vorangegangenen Beschlüsse des Deutschen Patent- und Markenamtes und/oder des Bundespatentgerichts ohne die Rücknahme des Widerspruchs zu einer Änderung der materiellen Rechtslage geführt hätten.

2. Daher ist der Antrag der Widersprechenden auf Erklärung der Wirkungslosigkeit dieser Beschlüsse, nachdem sie ihren Widerspruch aus ihrer älteren Marke nach Erlass des Beschlusses des Bundespatentgerichts, mit dem die Beschwerde der Widersprechenden gegen die ihrem Widerspruch den Erfolg versagenden Beschlüsse des Deutschen Patent- und Markenamtes zurückgewiesen worden ist, zurückgenommen hat, wegen fehlendem Rechtsschutzbedürfnis als unzulässig zurückzuweisen.

Gegenstandswert geografische Herkunftsangabe

BPatG v. 12.11.2009 - 30 W (pat) 78/06
 MarkenG § 71 Abs. 1,
 RVG §§ 23 Abs. 3 Satz 2, 33

Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren über die beantragte Eintragung einer geografischen Herkunftsangabe beträgt im Regelfall 20.000 €. Bei mehreren Einsprüchen gegen die Eintragung kann ein Gegenstandswert von 25.000 € angemessen sein.

V. INSTANZGERICHTE

zusammengestellt von
Tina Berger und Steffen Eisenschmidt

1. PATENTRECHT / GEBRAUCHSMUSTERRECHT**OLG Düsseldorf: Treuwidriges Bestehen auf Vernichtung patentverletzender Erzeugnisse im Wege der Ersatzvornahme**

Beschl. v. 9. Februar 2009

- 2 W 102/08 -

PatG § 104a; ZPO § 887 Abs. 1; BGB § 242

1. Verhindert ein Gläubiger durch die Verwahrung patentverletzender Erzeugnisse, dass der Schuldner seiner ausgeurteilten Verpflichtung zur Vernichtung dieser patentverletzenden Erzeugnisse nachkommen kann, darf er im Wege der Zwangsvollstreckung keine Ersatzvornahme nach § 887 Abs. 1 ZPO verlangen, denn er setzt sich damit in treuwidriger Weise in Widerspruch zu seinem eigenen Verhalten.

2. Darf der Schuldner nach seiner freien Wahl die patentverletzenden Erzeugnisse auch selbst vernichten, wird durch die Ausübung dieses Wahlrechts von vornherein kein schutzwürdiges Vollstreckungsinteresse des Gläubigers betroffen. Er hat das freie Wahlrecht des Schuldner grundsätzlich hinzunehmen und darf es durch das Mittel der Ersatzvornahme nicht umgehen. (Ls. der Redaktion)

Fundstelle: InstGE 10, 301-303

LG Düsseldorf: Zur Erstbegehungsgefahr bei Ankündigung des Markteintritts mit einem patentgemäßen Produkt; rechtliche Bedeutung des Zusatzes „without prejudice“

Urt. v. 5. März 2009

- 4b O 242/07 -

EuPatÜbk Art. 64 Abs. 1; PatG § 139

1. Die unbedingt ausgesprochene Ankündigung des Markteintritts mit einem patentgemäßen Produkt unabhängig von der Mitwirkung oder Zustimmung seitens des Patentinhabers begründet die Erstbegehungsgefahr für die Verletzung des Patents. Nur beiläufig angebotene und noch unverbindliche kommerzielle Alternativlösungen (Angebot eines Lizenzvertrages bzw. einer Nichtangriffsvereinbarung)

lassen die Erstbegehungsgefahr nicht entfallen.

2. Der Zusatz „without prejudice“ steht der Verwertung eines anwaltlichen Schreibens im deutschen Zivilprozess nicht entgegen. Auch wenn der Zusatz „without prejudice“ nach britischen Gepflogenheiten dazu dient Vergleichsverhandlungen als solche zu kennzeichnen, lässt er die Erstbegehungsgefahr nicht entfallen, wenn in dem so gekennzeichneten Schreiben der unbedingte Markteintritt angekündigt wird. (Ls. der Redaktion)

LG Düsseldorf: Zum Umfang der Übersetzung fremdsprachiger Patentschriften; Verschulden bei Rechtsirrtum über die Rechtsbeständigkeit eines Patents insbesondere während eines Nichtigkeitsberufungsverfahrens

Urt. v. 9. Juni 2009

- 4b O 172/08 -

PatG §§ 139 Abs. 2, 140a, 140b; Int-PatÜbkG Art. 2 § 3; BGB §§ 242, 259

1. Sinn und Zweck der Übersetzungspflicht für fremdsprachige Patentschriften ist es, sicher zu stellen, dass die in fremder Verfahrenssprache abgefasste, in Deutschland gültige und deswegen von den inländischen Verkehrskreisen zu beachtende Patentschrift in einer solchen Weise ins Deutsche übertragen wird, dass Inländer ohne Sprachschwierigkeiten und ohne Erleiden eines Wettbewerbsnachteils von dem Inhalt der Patentschrift Kenntnis nehmen und ihr eigenes wirtschaftliches Handeln darauf abstellen können. Dies ist aber auch dann noch möglich, wenn lediglich einzelne Wörter fehlen, und ein über das fehlende Wort an sich hinausgehendes, irgendwie relevantes Informationsdefizit nicht zu erblicken ist, so dass die Auslassung oder die Lücke ohne jede Bedeutung bleibt.

2. Die Benutzung einer patentierten und damit geprüften Erfindung ist auch bei einem Irrtum über deren Rechtsbeständigkeit in der Regel als schuldhaft anzusehen. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn der Rechtsbestand des verletzten Schutzrechts Gegenstand eines Nichtigkeitsberufungsverfahrens ist, da die Möglichkeit besteht, dass das verletzte Patent im Nichtigkeitsberufungsverfahren nicht vernichtet wird. Der Schuldvorwurf kann jedoch ausnahmsweise entfallen, wenn das Klagepatent vom BPatG für nichtig erklärt wurde

und der Verletzer auf diese Entscheidung vertrauen durfte, weil kein Anlass zu Zweifeln an der Entscheidung des BPatG bestand. (Ls. der Redaktion)

Fundstelle: MittDtschPatAnw 2009, 469-470

2. URHEBERRECHT / GESCHMACKSMUSTERRECHT

AG Bochum: Keine öffentliche Wiedergabe bei Live-Musik auf türkischer Hochzeit

Urt. v. 20. Januar 2009

- 65 C 403/08 -

UrhG §§ 15 Abs. 3, 97

1. Entscheidend für die Frage, ob die Wiedergabe von Live-Musik anlässlich einer türkischen Hochzeit eine öffentliche Wiedergabe im Sinne des Urheberrechts darstellt, sind die persönliche Verbundenheit der Teilnehmenden, ihr Gemeinschaftsgefühl und die Abgrenzung des eingeladenen Personenkreises, jedoch nicht ob Einlasskontrollen abgehalten werden.

2. Auch eine relativ hohe Zahl an geladenen Gäste rechtfertigt keine abweichende Beurteilung, denn eine große Hochzeitsfeier mit hunderten geladenen Gästen ist im türkischen Kulturkreis nicht unüblich, wobei auch weit entfernte Verwandte und neben engen Freunden auch Bekannte und Nachbarn eingeladen werden. (Ls. der Redaktion)

Fundstelle: GRUR-RR 2009, 166-167; ZUM-RD 2009, 361-362

LG Köln: Zur Reichweite des § 50 UrhG

Urt. v. 13. März 2009

- 28 O 811/08 -

UrhG §§ 50, 87 Abs. 1

§ 50 UrhG erlaubt es, sich im Rahmen einer Berichterstattung über Tagesereignisse soweit fremden Materials zu bedienen, dass die Berichterstattung zugunsten des interessierten Publikums überhaupt zustande kommen kann. Im Rahmen von § 50 UrhG ist dies allerdings nicht zulässig, wenn ein Gesamtbeitrag zum weit überwiegenden oder doch erheblichen Teil aus fremdem Filmmaterial besteht, oder wenn die Berichterstattung maßgeblich von diesem Material lebt.

LG Köln: Zum gewerblichen Ausmaß einer Rechtsverletzung

Beschl. v. 30. April 2009

- 9 OH 388/09 -

UrhG §§ 19a, 101 Abs. 1 S. 1, 101 Abs. 1 S. 2, 102 Abs. 2, 101 Abs. 9; TKG § 3 Nr. 30

1. Eine Auskunft oder Gestattung nach § 101 Abs. 9 UrhG setzt die eindeutige Feststellung einer qualifizierten Rechtsverletzung voraus und kommt im Falle von diesbezüglich bestehenden Zweifeln nicht in Betracht.

2. Das öffentliche Zugänglichmachen eines urheberrechtlich geschützten Werkes durch sogenanntes „file-sharing“ genügt für die Feststellung einer Rechtsverletzung in gewerblichem Ausmaß allein noch nicht, denn allein durch die Wahl einer „Tauschbörse“ wird nicht ausgeschlossen, dass es sich um eine in gutem Glauben vorgenommene Handlung eines Endverbrauchers handelt.

3. Für eine Rechtsverletzung in gewerblichem Ausmaß spricht als Indiz die zeitliche Nähe der Rechtsverletzung zum Veröffentlichungszeitpunkt in Deutschland. Daran fehlt es in der Regel nach Ablauf von 6 Monaten seit dem Veröffentlichungszeitpunkt. Ein gewerbliches Ausmaß kommt jedoch auch nach 6 Monaten in Betracht, wenn das Werk weiterhin kommerziell erfolgreich ist. Dafür spricht eine gute Platzierung des Werks in einschlägigen Verkaufscharts, sowie die Tatsache, dass ein Werk nach wie vor zu einem üblichen Verkaufspreis und nicht zum Auslaufpreis angeboten wird. Außerdem kann auch die Anzahl der von der Antragstellerseite dargelegten Rechtsverletzungen darauf hindeuten, dass das Werk nach wie vor in besonderem Maße nachgefragt wird. (Ls. der Redaktion)

Fundstelle: MMR 2009, 645-646**LG Köln: Störerhaftung des Inhabers eines Internetanschlusses bei Überlassung an einen Dritten**

Urt. v. 13. Mai 2009

- 28 O 889/08 -

BGB §§ 683 S. 1, 670; UrhG § 97; UWG § 12

Wer Dritten, auch und gerade Mitgliedern seines Haushalts, innerhalb dieses Haushalts einen Computer und einen Internetzugang zur Verfügung stellt und ihnen da-

durch die Teilnahme an einer Musiktaschbörse ermöglicht, leistet einen adäquat kausalen Beitrag zur Schutzrechtsverletzung des Dritten. Er haftet daher als Störer, wenn er seinen Pflichten zur Überprüfung und Kontrolle des Dritten nicht nachkommt. Dafür genügt es nicht, dem Dritten die Nutzung von Filesharing-Programmen zu untersagen, sondern es müssen wirksame Maßnahmen zur Verhinderung der Rechtsverletzungen ergriffen werden, z.B. durch Einrichtung einer „Firewall“ oder eines Benutzerkontos mit beschränkten Rechten. (Ls. der Redaktion)

Fundstelle: CR 2009, 684-687**LG Düsseldorf: Haftung des Inhabers eines Internetanschlusses für Urheberrechtsverletzungen seiner volljährigen Kinder als Störer und Täter**

Urt. v. 27. Mai 2009

- 12 O 134/09 -

FamFG §§ 49 ff.; UrhG § 101 Abs. 9; ZPO §§ 935, 940

1. Wer einen nutzbaren Internetanschluss vorhält und diesen einem Dritten, z.B. seinem volljährigen Kind, zur Verfügung stellt, eröffnet eine neue Gefahrenquelle. Er haftet daher zumindest als Störer, wenn er seinen Pflichten zur Überprüfung der Nutzung des Anschlusses durch den Dritten nicht nachkommt und auch sonst keine Sicherungsmaßnahmen ergreift um Urheberrechtsverstöße des Dritten zu verhindern.

2. Die Grundsätze der Halzband-Entscheidung des BGH (BGHZ 180, 134-144) sind auch auf den Fall der Überlassung eines Internetzugangs an Familienmitglieder übertragbar. Dementsprechend haftet ein Anschlussinhaber auch selbst als Täter für Rechtsverletzungen Dritter, wenn er keinerlei Sicherungsmaßnahmen ergriffen hat, um Urheberrechtsverstöße des Dritten zu verhindern. (Ls. der Redaktion)

Fundstelle: MMR 2009, 780-781**LG Düsseldorf: Urheberrechtlicher Schutz eines Happenings**

Urt. v. 15. Juni 2009

- 12 O 191/09 -

UrhG §§ 97, 23, 8 Abs. 1, 2 Abs. 1

1. Alleiniger Urheber eines Happenings ist, wer die Idee, Choreografie und die Ausführungsanweisungen für das Happening gibt.

Erforderlich für eine Miturheberschaft ist, dass jeder seinen schöpferischen Beitrag in Unterordnung unter die gemeinsame Gesamtidee erbringt. Dazu genügt es nicht, die selbständige Beschriftung eines Plakats zu übernehmen.

2. Eine Fotoserie über ein Happening enthält die tragenden Elemente der Aktion des Schöpfers, sodass mit Ausstellung und Verwertung einer solchen Fotoserie in der Öffentlichkeit ohne Zustimmung des Schöpfers eine Urheberrechtsverletzung vorliegt. (Ls. der Redaktion)

OLG Düsseldorf: Unzulässige Veräußerung vorinstallierter Software

Urt. v. 29. Juni 2009

- 20 U 247/08 -

UrhG §§ 69c Nr. 3 UrhG, 97 Abs. 1

Erschöpfung kann nur bezogen auf ein in einem Vervielfältigungsstück körperlich festgelegtes Werk eintreten. Daher kann sich das Verbreitungsrecht bei vorinstallierten Software auch nur hinsichtlich des Werkstücks in dem sich das Computerprogramm verkörpert, nämlich dem Computer, auf dem das Programm vorinstalliert wurde, erschöpft haben. Dementsprechend ist der isolierte Weitervertrieb von vorinstallierter Software ohne die jeweilige Hardware, d.h. des Computers oder wenigstens der Festplatte, unzulässig. (Ls. der Redaktion)

Fundstelle: MMR 2009, 629-630; K&R 2009, 593-595; CR 2009, 566-568

LG Saarbrücken: Akteneinsichtsrecht des anzeigenerstattenden Rechteinhabers nach Einstellung des Ermittlungsverfahrens

Beschl. v. 2. Juli 2009

- 2 Qs 11/09 -

GG Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 12 Abs. 1, 14 Abs. 1; UrhG §§ 16, 19a, 77, 78 Nr. 1, 85, 101, 108; StPO §§ 170 Abs. 2, 406e Abs. 1 S. 1; TKG §§ 3 Nr. 3, 113b

Wurde das Ermittlungsverfahren bzgl. Urheberrechtsverletzungen durch Herunterladen von geschützten Musikdateien über eine Internet-Tauschbörse nicht wegen erwiesener Unschuld eingestellt, so ist dem Rechtsanwalt des anzeigenerstattenden Rechteinhabers zumindest dann auf Antrag Einsicht in die Ermittlungsakte zu gewäh-

ren, wenn es sich nicht um eine bagatellartige Rechtsverletzung handelte, sondern ca. 3000 Audiodateien heruntergeladen wurden. Einem solchen Akteneinsichtsrecht stehen weder das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Anschlussinhabers noch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entgegen. (Ls. der Redaktion)

Fundstelle: MMR 2009, 639-640

OLG Nürnberg: Sicherung von Verkehrsdaten durch einstweilige Anordnung gem. § 49 ff. FamFG

Beschl. v. 3. Juli 2009

- 3 W 471/09 -

FamFG §§ 49 ff.; UrhG § 101 Abs. 9; ZPO §§ 935, 940

Im Anordnungsverfahren nach § 101 IX UrhG ist es möglich, bereits vor einer abschließenden Entscheidung über die Zulässigkeit der Verwendung von Verkehrsdaten durch eine einstweilige Anordnung nach §§ 49 ff. FamFG eine Sicherung dieser Verkehrsdaten zu erreichen. Für eine dementsprechende einstweilige Verfügung nach §§ 935, 940 ZPO fehlt das Rechtsschutzbedürfnis.

Fundstelle: OLGR Nürnberg 2009, 833

LG Braunschweig: Privilegierung des § 50 UrhG für das Onlinearchiv einer Tageszeitung

Urt. v. 12. August 2009

- 9 S 417/08 -

UrhG §§ 50, 51

Das online abrufbare Archiv eines Tageszeitungsverlags zählt zu den durch § 50 UrhG privilegierten Medien. Die Privilegierung eines in einem Onlinearchiv wiedergegebenen urheberrechtlich geschützten Werkes beschränkt sich nicht nur auf den Tag der Erstveröffentlichung und erlischt nicht durch Zeitablauf, sodass solche Artikel dauerhaft in Onlinearchiven abgelegt werden können. (Ls. der Redaktion)

Fundstelle: AfP 2009, 527-529

OLG Köln: Notwendigkeit der Mitwirkung eines Patentanwalts in Geschmacksmustersachen

Beschl. v. 14. August 2009

- 17 W 182/09 -

ZPO § 91 Abs. 1 S. 1; GeschmMG § 52 Abs. 4

In Geschmacksmustersachen ist - ebenso wie in Markensachen - die Notwendigkeit der Mitwirkung eines Patentanwalts (§ 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO) im Kostenfestsetzungsverfahren nur hinsichtlich der Auslagen, nicht aber auch der Gebühren des Patentanwalts zu prüfen.

LG Kiel: Keine Berechtigung zur „Ras-terfahndung“ aus § 101 Abs. 9 UrhG; kein gewerbliches Ausmaß bei Down-load eines Musikalbums

Beschl. v. 2. September 2009

- 2 O 221/09 -

UrhG §§ 101 Abs. 1, 101 Abs. 2, 101 Abs. 9

1. § 101 Abs. 9 UrhG erlaubt keine „Ras-terfahndung“, wer aus einer Menge von Internetanschlussinhabern möglicherweise Urheberrechte in gewerblichem Ausmaß verletzt haben könnte.

2. Der einmalige Download eines Musikal-bums ist keine Rechtsverletzung „in ge-werblichem Ausmaß“ im Sinne des § 101 Abs. 1 und 2 UrhG anzusehen.

Fundstelle: ZUM 2009, 978

OLG München: Schutzlandprinzip; Zur Auslegung eines Einzelvermächtnisses im Testament eines Bildhauers

Urt. v. 17. September 2009

- 29 U 2579/09 -

UrhG §§ 7, 8 Abs. 3 S. 2, 28 Abs. 1, 98, 100, 129 Abs. 1 S. 1; KunstUrhG § 10 Abs. 1; EG Art. 12 Abs. 1; BGBEG Art. 24 Abs. 1, 25 S. 1, 220 Abs. 1; CC FRA Art. 971, 972, 973, 974, 975, 1003, 1014; ZPO § 293

1. Das Schutzlandprinzip hat zur Konse- quenz, dass § 98 UrhG anwendbar ist, wenn sich Vervielfältigungsstücke im In- land befinden.

2. Zur Auslegung eines Einzelvermächtnis- ses im Testament eines Bildhauers, der nach französischem Recht beerbt wird und der bei der Anordnung des Einzelver- mächtnisses nur bestimmte, nicht aber sämtliche Werkstücke seiner Werke ange- führt hat.

OLG Hamburg: Prüfpflichten eines Host-Providers; keine Privilegierung für Host-Provider, die durch Anonymi- sierung der User sowie durch Pass- wortschutz für rechtverletzende Inhalte der massenhaften Begehung von Urheberrechtsverletzungen Vorschub leisten

Urt. v. 30. September 2009

- 5 U 111/08 - **Rapidshare II**

UrhG §§ 19a, 97; TMG §§ 7, 8, 9, 10; BGB §§ 823, 1004

1. Unterlässt es ein Host-Provider, Inhalte auf seinen eigenen Servern zu überprüfen, nachdem ihm unter Angabe der konkreten URLs mitgeteilt wurde, auf welchen Speicherplätzen sich rechtverletzende Inhalte befinden, kann er sich nicht auf Nichtwissen berufen. Der Host-Provider haftet für Verletzungen des Urheberrechts über die von ihm betriebene Plattform nach den Grundsätzen der Störerhaftung.

2. Hat eine Person die ernsthaft Gefahr einer Verletzung von Urheberrechten durch Dritte in zurechenbarer Weise mitverur- sacht, folgt daraus ihre Verpflichtung, alle zumutbaren Sicherungsmaßnahmen zu treffen, durch die die Gefährdung der Rechte des Urhebers ausgeschlossen oder doch soweit wie möglich gemindert werden kann. Art und Umfang der Maßnahmen bestimmen sich nach Treu und Glauben.

3. Ein Geschäftsmodell, das durch die Mög- lichkeit, in Pakete zerlegte, gepackte und mit Kennwort gegen den Zugriff geschützte Dateien anonym hochzuladen, der mas- senhaften Begehung von Urheberrechts- verletzungen wissentlich Vorschub leistet, kann von der Rechtsordnung nicht gebilligt werden. Auf die nach der Rechtsprechung des BGH im Regelfall bestehende Privile- gierung kann sich ein Provider daher ins- besondere dann nicht berufen, wenn er die ihm zumutbaren und nahe liegenden Mög- lichkeiten, die Identität des Nutzers zum Nachweis einer etwaigen Wiederholungs- handlung festzustellen (oder sogar dem Berechtigten eine Rechtsverfolgung gegen diesen Nutzer zu ermöglichen), willentlich und systematisch ungenutzt lässt und da- mit die Interessen der Schutzrechtsinhaber der Beliebigkeit preisgibt.

4. Jedenfalls hinsichtlich des identifizierba- ren Nutzerkreises, der bereits Rechtsver- letzungen zu Lasten eines Rechteinhabers begangen hat, ist dem Anbieter der Share- Hosting-Dienste eine konkrete inhaltliche

Überprüfung des Inhaltes von Dateien bereits vor dem oder jedenfalls während des Hochladens abzuverlangen. (Ls. der Redaktion)

auch im Herkunftsland des Unternehmens gesprochen wird. (Ls. der Redaktion)

3. MARKENRECHT

OLG Stuttgart: Eingeschränkte Haftung des Admin-C bei Domainregistrierung durch Verletzung der Prüfpflichten

Urt. v. 24. September 2009 (nicht rechtskräftig)

- 2 U 16/09 -

MarkenG §§ 14 Abs. 6; 15 Abs. 5; BGB §§ 823 Abs. 1; 683; 677; 670

1. Wer sich gegenüber einer ausländischen Firma generell bereit erklärt, für von dieser massenweise zu registrierende de-Domains als sog. „administrativer Ansprechpartner“ (Admin-C) zu fungieren, haftet für hierdurch bewirkte Rechtsverletzungen nur, wenn er Prüfungspflichten verletzt hat. Solche Prüfungspflichten sind beschränkt auf sich aufdrängende oder offenkundige Rechtsverletzungen.

OLG Frankfurt: Bindungswirkung der Markeneintragung; keine rechtsmissbräuchliche Geltendmachung markenrechtlicher Ansprüche bei Ansetzen überhöhter Gegenstandswerte

Urt. v. 15. Oktober 2009

- 6 U 106/09 -

MarkenG §§ 14, 22, 26, 49, 50

1. Das Verletzungsgericht ist an die Eintragung einer Marke auch dann gebunden, wenn gegen die Marke wegen Ablaufs der Frist des § 50 II 2 MarkenG kein Löschungsantrag mehr gestellt werden kann
2. Zur Frage der markenmäßigen Benutzung eines Begriffs, der auch zur Beschreibung dienen kann („Princess-Schliff“)
3. Die Geltendmachung markenrechtlicher Ansprüche ist nicht bereits dann rechtsmissbräuchlich, wenn ein Markeninhaber sich gegen Verletzungen seines Schutzrechts umfassend zur Wehr setzt und dabei überhöhte Gegenstandswerte ansetzt.

OLG München: Zur internationalen Zuständigkeit inländischer Gerichte bei Ansprüchen wegen Markenverletzungen im Internet gegen schweizerische Beklagte

Urt. v. 08. Oktober 2009

- 29 U 2636/09 -

ZPO § 513 Abs. 2; LugÜ Art. 5 Nr. 3

1. Die deutschen Gerichte sind für Markenverletzungen im Internet international zuständig, wenn sich der Internetauftritt bestimmungsgemäß in Deutschland auswirken soll, weil hierdurch eine Rechtsverletzung im Inland ermöglicht wird.

2. Allein der Umstand, dass ein regional tätiges Unternehmen sich und sein Angebot im Internet darstellt, genügt nicht um anzunehmen, dass der räumliche Tätigkeitsbereich auf das gesamte Staatsgebiet oder darüber hinaus ausgedehnt werden soll.

3. Die Gestaltung des Internetauftritts in deutscher Sprache ist nicht zwingend ein konkreter Anhaltspunkt für die bestimmungsgemäße Auswirkung des Internetauftritts in Deutschland, wenn Deutsch

4. WETTBEWERBSRECHT

OLG Hamm: Anmeldung eines Accounts bei einer Internet-Auktionsplattform unter Verwendung falscher Personalien

Beschl. v. 18. November 2008

- 5 Ss 347/08 -

StGB § 269

Die Anmeldung eines Accounts unter Angabe eines falschen Namens sowie einer nicht zutreffenden Adresse bei einer Internet-Auktionsplattform und der anschließende Verkauf von Waren unter diesem Account erfüllen nicht den Tatbestand der Fälschung beweiserheblicher Daten gem. § 269 StGB. (Ls. der Redaktion)

Fundstelle: StV 2009, 475-476; MMR 2009, 775-776; JuS 2009, 662-664

OLG Hamburg: Irreführende Werbung mit dem Vergleich von Internetzugangstarifen; zur Verjährungseinrede nach § 531 Abs. 1 ZPO; Verhältnis der Ansprüche auf Unterlassung, Scha-

Schadensersatz sowie bereicherungsrechtlicher Ansprüche

Urt. v. 11. Februar 2009

- 5 U 130/08 -

UWG §§ 3, 5, 8, 9, 11; BGB §§ 204, 214, 852; ZPO §§ 531

1. Unter Berücksichtigung des Gesamteindrucks einer Werbung kann die darin enthaltene Angabe „... für Sie immer auf der Suche nach den günstigsten Internet-Tarifen“ vom Verkehr dahin verstanden werden, dass von der beworbenen Software immer die billigsten Tarife gesucht werden.
2. Der Verkehr kann in der Werbeaussage „Hier kommt die beste Alternative“ einen konkreten Sachbezug und unter Berücksichtigung der Einzelheiten der Werbung eine Alleinstellungsbehauptung im Hinblick auf die Preisgünstigkeit der von der Software ermöglichten Internetzugänge erblicken.
3. Die erstmals in der Berufungsinstanz erhobene Verjährungseinrede ist dann nicht nach § 531 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen, sofern die tatsächlichen Voraussetzungen der Verjährung zwischen den Parteien unstreitig sind.
4. Ein auf Unterlassung gerichteter Verfügungsantrag hemmt nicht den aus derselben Verletzungshandlung erwachsenen Schadensersatzanspruch.
5. Der bereicherungsrechtliche Schadensersatzanspruch (§ 852 BGB) findet nach seinem Schutzzweck nur dann Anwendung, wenn die Wettbewerbshandlung eine von der Rechtsordnung dem Verletzten ausschließlich zugewiesene Rechtsposition betrifft. Allein wettbewerbsrechtliche Positionen können die Eingriffskondition nur dann begründen, soweit diesen ein Zuweisungsgehalt, also ein Verbotungs- und Verwertungsrecht zukommt.

Fundstelle: WRP 2009, 1572-1573**OLG Hamburg: Kein Anspruch auf Ersatz der Kosten einer anwaltlichen Abmahnung, die auf eigene berechtigter Abmahnung folgte**

Urt. v. 11. März 2009

- 5 U 35/08 -

UWG §§ 8 Abs. 3 Nr. 2; 12 Abs. 1 S. 2

1. Eine Anwaltsabmahnung, die auf die eigene Abmahnung eines Verbandes im Sinne von § 8 III Nr. 2 UWG folgt, ist im Regelfall keine „berechtigter“ Abmahnung

im Sinne des § 12 I 2 UWG. Schweigt der Verletzer auf eine derartige Abmahnung durch den Verband selbst, hat er im Regelfall zwar deren Kosten, nicht jedoch die Kosten einer sodann erfolgten anwaltlichen Abmahnung zu ersetzen.

2. Die Kosten einer derartigen anwaltlichen Abmahnung sind auch nicht deshalb zumindest zur Hälfte zu ersetzen, weil die vom Verletzer an die Anwälte des Verbandes zu zahlenden Gebühren aus der gerichtlichen Auseinandersetzung durch die anwaltliche Abmahnung wegen der hälftigen Anrechnung der Geschäftsgebühr auf die Verfahrensgebühr geringer geworden sind, als dies bei einer direkten Einleitung des Prozesses der Fall gewesen wäre.

Fundstelle: WRP 2009, 1569-1572**LG Köln: Keine Unterlassungsansprüche der Internetplattform facebook gegen die Internetplattform studivz trotz unübersehbarer grafischer Ähnlichkeiten und Übereinstimmungen**

Urt. v. 16. Juni 2009 (nicht rechtskräftig)

- 33 O 374/08 -

UWG §§ 3, 4 Nr. 9, 8; MarkenG § 14 Abs. 5, Abs. 1; UrhG §§ 97 Abs. 1, 69a, 101a Abs. 1

1. Eine Herkunftstäuschung i.S.d. § 4 Nr. 9 a) UWG liegt nicht vor, wenn die Ähnlichkeiten der grafischen und funktionalen Gestaltung einer Bildschirmoberfläche von zwei sozialen Internetnetzwerken zwar nicht zu übersehen sind, das Original zum Zeitpunkt der Markteinführung des Nachahmers auf dem deutschen Markt jedoch keine gewisse Bekanntheit erlangt hatte.
2. Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht für eine unangemessene Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Wertschätzung nach § 4 Nr. 9 b) UWG, da die Wertschätzung des Originals wiederum voraussetzt, dass eine gewisse Bekanntheit zum Zeitpunkt der Markteinführung der Nachahmung vorgelegen haben muss.
3. Die systematische Nachahmung einer Vielzahl von Funktionalitäten einer Website ist keine unlautere Behinderung i.S.d. § 4 Nr. 9 UWG. Es handelt sich hierbei um Ideen bestimmter Funktionen, die dem Schutz von § 4 Nr. 9 UWG nicht unterliegen.
4. Allein die grafische Gestaltung einer Website gibt nur dann einen Hinweis auf die Herkunft, wenn die Ausgestaltung in besonderer Weise auffällig ist.

5. Übereinstimmungen im Aussehen, Aufbau und Funktionalitäten der Website, wie identische Dateinamen und -abfolgen und ähnliche Stylesheets belegen nicht zwingend eine rechtswidrige Quellcodeübernahme i.S.d. §§ 97 Abs. 1, 96a UrhG. (Ls. der Redaktion)

Fundstelle: MMR 2009, 640-643, AfP 2009, 522-526; ITRB 2009, 222

OLG München: Unangemessene unsachlichen Beeinflussung der Entscheidungsfreiheit von Verbrauchern durch Prämien einer Apotheke

Urt. v. 02. Juli 2009

- 29 U 4587/08 -

UWG §§ 4 Nr. 1, 4 Nr. 11, HWG § 7 Abs. 1

1. Verspricht eine Apotheke für jedes zahlungsfreie Generikum, das auf Kassenrezept eingereicht wird, einen Bonus von 2,50 €, so ist das geeignet, die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher durch unangemessenen unsachlichen Einfluss zu beeinträchtigen, und deshalb gemäß § 4 Nr. 1 UWG unlauter (Bestätigung von Senat GRUR-RR 2007, 297 ff. - Geld verdienen auf Rezept).

2. Verspricht eine Apotheke für jede Medikamentenbestellung eine Gratiszugabe im Wert von 9,30 €, so ist das als Angebot einer unzulässigen Zuwendung gemäß § 7 Abs. 1 HWG i. V. m. § 4 Nr. 11 UWG unlauter (Bestätigung von Senat GRUR-RR 2007, 297 ff. - Geld verdienen auf Rezept).

Fundstelle: Magazindienst 2009, 967-974; OLGR München 2009, 703-706; MDR 2009, 1181

LG Bamberg: Keine Auskunftspflicht aus Vorratsdatenspeicherung bei geringem Schaden

Beschl. v. 22. Juli 2009

- 2 Qs 104/09 -

TKG §§ 96 Abs. 1, 113a Abs. 11; StPO § 100g Abs. 1 S. 2

Die Erhebung von Daten aus der Vorratsdatenspeicherung und die Verwahrung des Datenbestandes bis zur Hauptsacheentscheidung des Bundesverfassungsgerichts steht in keinem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung der Sache, wenn ein Schaden in Höhe von 19,99€ vorliegt und keine weitreichenden wirtschaftlichen Folgen für die Geschädigten zu erwarten sind. (Ls. der Redaktion)

Fundstelle: MMR 2009, 777-778; K&R 2009, 596

OLG Oldenburg: Entfallen der Wiederholungsgefahr bei strafbewehrter Unterlassungserklärung nur bei Vertragsstrafe mit abschreckender Wirkung

Beschl. v. 12. August 2009

- 1 W 37/09 -

UWG §§ 8 Abs. 1, 12 Abs. 1; ZPO § 91a

Eine strafbewehrte Unterlassungserklärung lässt die Wiederholungsgefahr grundsätzlich nur dann entfallen, wenn die Vertragsstrafe so bemessen ist, dass sie abschreckende Wirkung entfaltet und es nach der Lebenserfahrung unter Berücksichtigung der Gesamtumstände hinreichend gesichert erscheint, dass der Verletzer den Wettbewerbsverstoß nicht wiederholt. Dies ist regelmäßig nur anzunehmen, wenn die vereinbarte Vertragsstrafe im angemessenen Verhältnis zu den wirtschaftlichen Vorteilen steht, die der Verletzer durch ein mit dem Wettbewerbsverstoß verbundenes Geschäft erzielen könnte.

Fundstelle: Magazindienst 2009, 1086-1088

OLG Frankfurt: Irreführende Werbung für Energiepreise durch Gegenüberstellung von nicht vergleichbaren Tarifen

Urt. v. 13. August 2009

- 6 U 80/09 -

UWG § 5

Ein zu Werbezwecken vorgenommener Preisvergleich von Energietarifen ist gem. § 5 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 UWG irreführend, wenn die verglichenen Tarife erhebliche Unterschiede aufweisen, auf die der Werbende nicht deutlich hinweist und mit denen der Durchschnittsverbraucher auch nicht ohne weiteres rechnet. Dem angesprochenen Verkehrskreis wird ein unzutreffendes Bild über die Preiswürdigkeit der beworbenen Leistung vermittelt, wenn der zum Vergleich herangezogene Tarif in der konkret genannten Menge nur theoretisch vereinbart werden kann und deshalb für den Durchschnittsverbraucher keine wirtschaftlich vernünftige und folgend keine ernsthaft in Betracht zu ziehende Tarifvariante darstellt. (Ls. der Redaktion)

Fundstelle: IR 2009, 230

OLG Frankfurt: Zur rechtsmissbräuchlichen Erhebung der Leistungsklage

Urt. v. 20. August 2009

- 6 U 146/08 -

UWG § 4 Nr. 9

1. Wartet der Beklagte mit einer negativen Feststellungsklage mit der Erhebung der spiegelbildlichen Leistungsklage längere Zeit zu, kann die Erhebung dieser Leistungsklage vor einem anderen Gericht rechtsmissbräuchlich sein. Dies gilt allerdings nicht, wenn während der Zeit dieses Zuwartens die örtliche Zuständigkeit des anderen Gerichts nicht gegeben war.

2. Zur Frage der wettbewerblichen Eigenart eines Kaffeezubereiters sowie der Gefahr vermeidbarer Herkunftstäuschungen, wenn ein ähnliches Erzeugnis mit einer anderen Marke und dem Hinweis versehen wird, dieses Erzeugnis sollte nicht mit denen anderer Unternehmen verwechselt werden.

OLG Stuttgart: Irreführende Werbung mit der Bezeichnung Tierapotheke, wenn eine Zulassung für den Vertrieb von Tiermedizin nicht besteht

Urt. v. 20. August 2009

- 2 U 21/09 -

UWG § 5 Abs. 1

Ein überwiegender, jedenfalls aber wettbewerbsrechtlich nicht zu vernachlässigender Teil des maßgeblichen Verkehrs wird bei einem Internetshop, der die Aussage „Ihre 24 h Internet Tierapotheke“ enthält, annehmen, es mit einer zugelassenen Apotheke zu tun zu haben, die Arzneimittel für den Veterinärbereich vertreiben dürfe. Eine solche Werbung ist daher irreführend i.S.d. § 5 UWG, wenn der Inhaber nicht über eine solche Zulassung verfügt.

OLG Düsseldorf: Abgrenzung von Meinungsäußerung und Tatsachenbehauptung i.S.d. § 4 Nr. 8 UWG

Urt. v. 01. September 2009

- I-20 U 89/09 -

UWG §§ 4 Nr. 7, 4 Nr. 8, 8; UrhG § 34 Abs. 1

Die Äußerung eines Softwareunternehmens gegenüber einem Kunden, der Gesetzgeber habe für die rechtmäßige Weitergabe von

Software eine klare Richtlinie vorgegeben und mache diese von der Genehmigung durch den Rechteinhaber abhängig, ist eine Mitteilung der eigenen Rechtsauffassung, unter welchen Voraussetzungen Software weitergegeben werden kann und keine Tatsachenbehauptung i.S.d. § 4 Nr. 8 UWG, die geeignet ist den Betrieb eines Unternehmens, welches mit „gebrauchten“ Softwarelizenzen handelt, zu schädigen. (Ls. der Redaktion)

*Fundstelle: K&R 2009, 730-731***OLG Düsseldorf: Berücksichtigung der Entstehungsgründe bei der Auslegung einer strafbewehrten Unterlassungserklärung**

Urt. v. 01. September 2009

- I-20 U 220/08 -

UWG §§ 5, 8; BGB §§ 133, 157, 312b, 339, 355

1. Hat sich ein Unternehmer nach erfolgter Abmahnung im Wege eine strafbewehrten Unterlassungserklärung verpflichtet, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr den Verbraucher bei Fernabsatzverträgen nicht „ordnungsgemäß“ über sein Widerrufsrechts zu informieren, führt nicht jede Unrichtigkeit der Widerrufsbelehrung zu einer Verletzung des Unterwerfungsvertrages, wenn Anlass der Abmahnung das Fehlen jeglicher Belehrungen war.

2. Ist die zu unterlassende Erklärung nur sehr allgemein umschrieben, müssen bei der Auslegung des Unterwerfungsvertrages deren Entstehungsgründe berücksichtigt werden. (Ls. der Redaktion)

KG Berlin: Fehlende Belehrung des Verbrauchers über die Rückzahlungsfrist des Unternehmers und die Gefahrtragung bei Rücksendung der Ware nach erfolgtem Widerruf ist kein Bagatelverstoß i.S.d. § 3 I UWG

Beschl. v. 08. September 2009

- 5 W 105/09 -

UWG §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 11; BGB § 312 c Abs. 1 S. 1; BGB-InfoV § 1 Abs. 1 Nr. 10

1. Über die auch für den Unternehmer geltende 30-Tage-Frist (zur Erstattung von Zahlungen des Verbrauchers nach Ausübung des Widerrufsrechts) ist der Verbraucher - entsprechend der Neufassung der Musterbelehrung in Anlage 2 zu

§ 14 Abs. 1 und 3 BGB-InfoV - gem. § 1 Abs. 1 Nr. 10 BGB-InfoV zu informieren. Dies gilt jedenfalls nach Ablauf der Umstellungsfrist des § 16 BGB-InfoV zum 30. September 2008.

2. Über die Gefahrtragung des Unternehmers bei Rücksendung der Ware nach Ausübung des Widerrufsrechts ist der Verbraucher - entsprechend der Neufassung der Musterbelehrung in Anlage 2 zu § 14 Abs. 1 und 3 BGB-InfoV - gem. § 1 Abs. 1 Nr. 10 BGB-InfoV zu informieren. Dies gilt jedenfalls nach Ablauf der Umstellungsfrist des § 16 BGB-InfoV zum 30. September 2008. Insoweit kann nunmehr auch nicht mehr von einem Bagatelverstoß i. S. des § 3 Abs. 1 UWG ausgegangen werden (überholt insoweit die Entscheidung des Senats vom 16. November 2007, 5 W 341/07).

Fundstelle: BB 2009, 2265

OLG Stuttgart: Grundsätze der unberechtigten Schutzrechtsverwarnung auch auf Abmahnungen bei Herkunftstäuschung und Rufausbeutung anwendbar

Urt. v. 10. September 2009
- 2 U 11/09 -
UWG § 4 Nr. 9

Die Grundsätze der unberechtigten Schutzrechtsverwarnung finden wegen der vergleichbaren Interessenlage und der dem Immaterialgüterrecht vergleichbaren Leistungsschutzposition auch auf eine Abmahnung aus ergänzendem wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz - jedenfalls für die Fälle der Herkunftstäuschung und der Rufausbeutung - Anwendung.

OLG Bremen: wettbewerbswidrige Verwendung der Abkürzung einer kommunalen Einrichtung durch einen privaten Energieversorger

Beschl. v. 22. Oktober 2009
- 2 W 92/09 -
UWG §§ 2 Abs. 1 Nr. 1, 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3, 8 Abs. 3 Nr. 1

Die Verwendung einer Abkürzung in der Firmierung eines ehemals kommunalen, jetzt privaten Energieversorgungsunternehmens, die geeignet ist, über die geschäftlichen Verhältnisse des Unternehmens zu täuschen, weil sie bei den betrof-

fenen Verbraucherkreisen den Eindruck erwecken kann, dass das Unternehmen kommunal geführt oder im kommunalen Eigentum steht („swb“ für ehemalige Stadtwerke Bremen), ist wettbewerbsrechtlich unzulässig.

OLG Hamburg: Werbung mit einer Alleinstellungsbehauptung zur Preisführerschaft: „Immer der günstigste Preis. Garantiert“

Urt. v. 28. Oktober 2009
- 5 U 204/07 -
UWG §§ 4 Nr.7, 5 I Nr.1

1. Die Werbeaussage „Immer der günstigste Preis. Garantiert“ enthält für sich genommen eine Alleinstellungsbehauptung, denn dass ein Preis der „günstigste“ ist, bedeutet nach dem Verständnis jedenfalls maßgeblicher Teile des Verkehrs im Regelfall, dass er für ein gleiches oder gleichwertiges Produkt niedriger ist.

2. Wird eine derartige Alleinstellungsbehauptung zur Preisführerschaft hingegen mit einer „Geld-zurück-Garantie“ verbunden, so versteht der Verkehr dies im Regelfall gerade als die Aussage, dass der Anbieter es sehr wohl für denkbar hält, dass er in Einzelfall unterboten wird. In einem derartigen Fall handelt es sich nur um eine Spitzengruppenberühmung.

3. Eine derartige Preiswerbung im Zusammenhang mit einer „Geld-zurück-Garantie“ ist nicht nur dann zulässig, wenn der Werbende überhaupt keine exklusiven Produkte anbietet. Maßgeblich ist vielmehr, ob die angesprochenen Verkehrskreise eine derartige Werbung auch auf solche Produkte beziehen.

4. Im Lichte des gewandelten Verbraucherleitbildes ist davon auszugehen, dass der Verkehr mittlerweile umfassend daran gewöhnt ist, dass gerade im Discountbereich in erheblichem Umfang Produkte unter Eigenmarken vertrieben werden, die ausschließlich in den Läden der jeweiligen Ketten angeboten werden. Ebenso ist dem durchschnittlich aufmerksamen, informierten und verständigen Verbraucher geläufig, dass die Angebote in verschiedenen Geschäften insbesondere großer Ketten, die sich gerade über den Preis am Markt zu behaupten suchen, verschieden sind und dass daher nicht überall dieselben Marken erhältlich sind.

5. Der Annahme einer Herabsetzung im Sinne des § 4 Nr. 7 UWG steht es nicht entgegen, dass in einem Rundfunkwerbepot konkrete Mitbewerber nicht erkennbar gemacht werden, sondern ein pauschaler Vorwurf gegen sämtlicher Mitbewerber des Werbenden erhoben wird.

5. KARTELLRECHT

OLG Nürnberg: Keine unbillige Behinderung durch eine von einer Gemeinde als Eigenbetrieb betriebene und subventionierte Musikschule

Urt. v. 29. September 2009

- 1 U 264/09 -

GWB § 20 Abs 4; UWG §§ 3, 4 Nr. 10

Erhebt eine Gemeinde bei einer von ihr als Eigenbetrieb betriebenen Musikschule keine kostendeckenden Gebühren und deckt auftretende Fehlbeträge aus dem allgemeinen Haushalt, so liegt darin nicht zwangsläufig eine unbillige Behinderung im Sinne des § 20 Abs. 4 GWB oder eine unlautere Behinderung im Sinne der §§ 3, 4 Nr. 10 UWG. Ein solches Vorgehen kann durch den öffentlichen Bildungsauftrag gedeckt sein, wenn es dazu dient, auch einkommensschwachen Bürgern den Zugang zu musikalischer Ausbildung zu ermöglichen und einen möglichst großen Personenkreis durch „niedrigschwellige“ Angebote zu erreichen. (Ls. der Redaktion)

KG Berlin: Berechnung und Höhe des Schadens nach § 35 GWB

Urt. v. 1. Oktober 2009

- 2 U 10/03 Kart -

ZPO §§ 287, 543 Abs. 2; GWB §§ 33 Abs. 3 S. 1, 35 Abs. 1 S. 1

1. Der gesetzliche Schadensersatzanspruch, der auf Grund eines Kartellverstoßes entsteht, ist grundsätzlich nach demjenigen Recht zu beurteilen ist, welches zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses galt.

2. Zum Eingreifen eines Anscheinsbeweises zu Gunsten der Annahme der Kartellteilnahme eines Beklagten, der zwar in einem Kartellordnungswidrigkeitenbescheid des Bundeskartellamtes als Teilnehmer be-

nannt wurde, jedoch nicht Betroffener des Bescheides war.

3. Der Schadensersatzanspruch nach § 35 Abs. 1 Satz 1 GWB a.F. (heute: 33 Abs. 3 Satz 1 GWB) setzt nicht die Zielgerichtetheit der Schädigung voraus.

4. Der Schaden, der durch ein Kartell verursacht wurde, bei dem die Kartellanten Marktanteile unter sich aufgeteilt haben (Quotenkartell), entspricht der Differenz zwischen dem Preis, den der Kläger an die Beklagte tatsächlich gezahlt hat, und dem Preis, den der Kläger bei funktionierendem Wettbewerb gezahlt hätte, multipliziert mit der Menge der Umsatzeinheiten, auf die der Preis bezogen ist.

5a. Fehlt es an ausreichenden Grundlagen für eine genaue Berechnung des wettbewerbsgemäßen Preises hat das Gericht den wettbewerbsgemäßen Preis gemäß § 287 ZPO zu schätzen. Dabei ist derjenige Preis maßgebend, der mit hinreichender Sicherheit zu zahlen gewesen wäre, wenn das Kartell nicht existiert hätte. Das Eingreifen von Anscheinsbeweisen kann insofern von besonderer Bedeutung sein.

5b. Typischerweise hat ein Quotenkartell eine wettbewerbsbeschränkende und damit preistreibende Wirkung. Das gilt auch im Verhältnis zu einer marktmächtigen Marktgegenseite. Unerheblich ist insofern, ob der einzelne Kartellteilnehmer während des Kartellzeitraumes an seinen Herstellungskapazitätsgrenzen operiert hat; allenfalls dann, wenn sämtliche Kartellteilnehmer an ihren Herstellungskapazitätsgrenzen operierten, kommt eine Nichtursächlichkeit des Kartells für die Preisentwicklung in Betracht. Für letzteres trägt der Kartellteilnehmer die Darlegungs- und Beweislast.

5c. Typischerweise wird die Vereinbarung eines Kartells zumindest in bestimmtem Umfang von den Kartellteilnehmern in die Tat umgesetzt.

5d. Ein Erfahrungssatz, wonach erhöhte Durchschnittspreise eines bestimmten Jahres auf ein Kartell zurückzuführen sind, existiert nicht.

5e. Typischerweise wird ein Anbieter bei funktionierendem Marktmechanismus zumindest auf mittlere Sicht in etwa die gleichen Preise von allen seinen Abnehmern verlangen.

5f. Als Anhaltspunkt für die Schätzung der wettbewerbsgemäßen Preise (vgl. Ziff. 4) sind insbesondere die Durchschnittspreise auf dem betroffenen Markt vor und nach Einsetzen des Kartells sowie während des

Kartellzeitraumes heranzuziehen; ferner die Preise für gleiche Produkte auf Märkten außerhalb des räumlichen Geltungsbereich des Kartells. Der Einwand des auf Schadensersatz in Anspruch genommenen Kartellteilnehmers, dass in die Berechnung der von der antragstellenden Partei behaupteten, kartellbedingten Durchschnittspreise z.T. Preise eingeflossen seien, die nicht kartellbedingt zustande kamen, ist unerheblich.

6a. Bei den Umsatzmengen, die in die Schadensberechnung Eingang finden, sind diejenigen Umsätze außer Acht zu lassen, die auf der Grundlage von Verträgen durchgeführt wurden, die noch vor Einsetzen des Kartells abgeschlossen wurden.

6b. Ferner sind die Umsätze derjenigen Untergruppen des Kartellproduktes außer Acht zu lassen, bei denen im Einzelfall eine atypische Preisentwicklung festzustellen ist und bei denen daher nicht mit hinreichender Sicherheit davon ausgegangen werden kann, dass das Kartell zu einer Preiserhöhung führte.

7. Die Höhe des Schadensersatzanspruches nach § 35 Abs. 1 Satz 1 GWB a.F. vermindert sich nicht dadurch, dass die Anspruchsinhaberin (= 2. Marktstufe) die Preise für ihr Produkt gegenüber ihren Kunden (= 3. Marktstufe) erhöht, weil sie das Kartellprodukt zu kartellbedingt erhöhten Preisen bezieht. Der Einwand der Vorteilsausgleichung ist im Verhältnis zwischen den Kartellteilnehmern und den Teilnehmern der 2. Marktstufe ausgeschlossen (ebenso § 33 Abs. 3 Satz 2 GWB n.F.)

8. Teilnehmern der 3. Marktstufe (und ggf. fernerer Marktstufen) steht gemäß § 35 Abs. 1 GWB a.F. (heute: § 33 Abs. 3 GWB) ein Schadensersatzanspruch gegenüber den Kartellteilnehmern jedenfalls dann zu, wenn der Gläubiger des Anspruchs ein Unternehmer ist.

9. Die Schadensersatzberechtigten der 2. Marktstufe und fernerer Marktstufen sind Gesamtgläubiger.

10. Die Revision ist gemäß § 543 Abs. 2 ZPO vom Oberlandesgericht jedenfalls dann nicht wegen Abweichens von der Rechtsprechung eines anderen Oberlandesgerichtes in einer schadensersatzrechtlichen Frage zuzulassen, wenn die Abweichung in Folge einer zwischenzeitlichen Gesetzesänderung nur noch für Altfälle von Bedeutung ist, die mehr als vier Jahre in der Vergangenheit liegen.

OLG Karlsruhe: Selektiver Vertrieb von Markenartikeln; Ausschluss des Vertriebs über ebay

Urt. v. 25. November 2009

- 6 U 47/08 Kart. -

EG Art. 81 Abs. 1; EGV 2790/1999

1. Selektive Vertriebssysteme, bei denen die Auswahl der zugelassenen Wiederverkäufer nicht an quantitative Beschränkungen, sondern an objektive Gesichtspunkte qualitativer Art anknüpft, sind als ein mit Art. 81 Abs. 1 EGV vereinbarer Bestandteil des Wettbewerbs und damit nicht als Wettbewerbsbeschränkung anzusehen, sofern sich die Kriterien für die Auswahl der Wiederverkäufer nach den Anforderungen des betreffenden Produkts richten und auf die fachliche Eignung des Wiederverkäufers und seines Personals und auf seine sachliche Ausstattung bezogen sind; sie müssen ferner einheitlich und diskriminierungsfrei angewandt werden (vgl. EuGH Slg. 1977, 1875 - Metro/SABA I). Das gilt auch nach Inkrafttreten der Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 vom 22. Dezember 1999 (Vertikal-GVO).

2. Die Anwendung der genannten Grundsätze ist nicht auf den Vertrieb von Luxuswaren beschränkt, die eine „Aura des Exklusiven“ für sich beanspruchen. Sie gelten z. B. auch dann, wenn ein Hersteller von Markenartikeln (hier: Schulranzen und Schulrucksäcke) diese unter Anknüpfung an objektive Produkteigenschaften als hochpreisige Spitzenprodukte positioniert und deshalb Anforderungen an die Wiederverkäufer stellt, die auf eine angemessene Präsentation der Sortimentstiefe, eine fachkundige Beratung und eine Pflege des Markenimage zielen.

3. In einem solchen Fall können auch an den Vertrieb der Markenartikel über das Internet Anforderungen gestellt werden, die den genannten Zielen dienen; auch diese stellen dann keine Wettbewerbsbeschränkung dar. Wenn die Auswahlkriterien in diesem Zusammenhang einen Vertrieb über Auktionsplattformen wie ebay ausschließen, handelt es sich bei diesem Ausschluss ebenfalls um ein objektives, an die Art und Weise des Vertriebs anknüpfendes Auswahlkriterium.

4. Macht ein Hersteller von Markenartikeln, der ein solches qualitativ-selektives Vertriebssystem eingerichtet hat, die Belieferung eines Wiederverkäufers von der Ein-

haltung eines Auswahlkriteriums abhängig, welches den Vertrieb über Internet-Auktionsplattformen generell ausschließt - unabhängig davon, welche der verschiedenen, von der Auktionsplattform angebotenen Vertriebsformen gewählt wird -, so hat die auf Unterlassung dieses Verhaltens gerichtete Klage schon dann keinen Erfolg, wenn dem Markenhersteller bei der gebotenen umfassenden Abwägung der beiderseitigen Interessen die konkrete, vom Wiederverkäufer gewählte Vertriebsform (hier: Einzelverkauf ohne übergeordnete Präsentationsstruktur) nicht zuzumuten ist.

C. PRESSEMITTEILUNGEN

I. PRESSEMITTEILUNGEN DES BGH

zusammengestellt von *Stephan Kunze*

BGH: Verbot der von der Deutschen Telekom angebotenen Rufumleitung „Switch & Profit“ bestätigt

BGH Urteil vom 7. Oktober 2009 – I ZR 150/07 – Rufumleitung; OLG Köln - Urteil vom 24. August 2007 6 U 237/06; LG Köln - Urteil vom 24. November 2006 81 O 31/06

Der unter anderem für das Wettbewerbsrecht zuständige I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat heute entschieden, dass die von der Deutschen Telekom AG angebotene Rufumleitung „Switch & Profit“ wettbewerbsrechtlich unzulässig ist.

Die Parteien konkurrieren auf dem Gebiet der Telefondienstleistungen. Die Beklagte ist die Deutsche Telekom. Sie wirbt für ein Angebot, mit dem sie ihren Festnetzkunden, die zugleich über einen Mobiltelefonanschluss eines beliebigen Anbieters verfügen, eine Rufumleitungs-Option anbietet. Dabei werden Anrufe, die von einem Telefonanschluss des Festnetzes der Telekom ausgehen und an den Mobilfunktelefonanschluss des Kunden gerichtet sind, auf dessen Festnetzanschluss umgeleitet. Der angerufene Kunde erhält für diesen Fall eine Gutschrift. Dem Anrufer berechnet die Beklagte das tarifliche Entgelt für Anrufe aus ihrem Festnetz in das Mobilfunknetz. Ein Zusammenschlussentgelt, das die Beklagte bei Gesprächen aus dem Festnetz in das Mobilfunknetz an dessen Betreiber zahlen muss, fällt nicht an. Die Klägerin (EPlus) hält das Angebot der Beklagten für wettbewerbswidrig und hat die Beklagte auf Unterlassung, Feststellung der Schadensersatzpflicht und Auskunftserteilung in Anspruch genommen.

Die Vorinstanzen haben der Klage weitgehend stattgegeben.

Der Bundesgerichtshof hat das vom Berufungsgericht ausgesprochene Verbot bestätigt. Er hat aufgrund der von der Beklagten angebotenen Rufumleitung eine gezielte Behinderung der Klägerin angenommen. Die Unlauterkeit des Verhaltens der Beklagten hat der Bundesgerichtshof darin gesehen, dass diese sich bei der Schaltung der Rufumleitung Leistungen der Klägerin zunutze macht und die für das Gespräch in

das Mobilfunknetz anfallenden Gebühren vereinnahmt.

Der den Anruf tätigende Festnetzkunde der Beklagten wählt die Mobilfunknummer des Angerufenen, weil er erwartet, seinen gewünschten Gesprächspartner unter dieser Telefonnummer zu erreichen. Er hat sich entschlossen, auch die Leistung des Mobilfunknetzbetreibers in Anspruch zu nehmen. Die Klägerin gewährleistet die Erreichbarkeit ihrer Kunden durch die Unterhaltung ihres Mobilfunknetzes. Diese Leistung nutzt die Beklagte durch die von ihr angebotene Rufumleitung aus, da der Anrufer die Mobilfunknummer ohne die Bereithaltung des Mobilfunkanschlusses und den Betrieb des Mobilfunknetzes nicht anwählen würde. Leitet die Beklagte wegen der Aktivierung der Rufumleitung den Anruf nicht in das Netz der Klägerin weiter, verhindert sie den Anfall des Zusammenschlussentgelts und behindert die Klägerin darin, ihre Leistungen auf dem Markt durch eigene Anstrengungen in angemessener Weise zur Geltung zu bringen und ihre Investitionen zu erwirtschaften.

Pressemitteilung Nr. 208/09 v. 7.10.2009

Bundesgerichtshof zur Zulässigkeit der Abbildung des Bildnisses von Boris Becker in der Werbekampagne zur Einführung der Frankfurter Allgemeinen Sonntagszeitung

BGH Urteil vom 29. Oktober 2009 – I ZR 65/07; LG München I – Urteil vom 22. März 2006 – 21 O 17367/03; OLG München – Urteil vom 6. März 2007 – 18 U 3961/06

Der u. a. für Rechtsstreitigkeiten über die kommerzielle Verwertung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts zuständige I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat gestern entschieden, dass die Werbung mit der Abbildung einer prominenten Person auf dem Titelblatt einer Zeitung ausnahmsweise auch ohne eine diese Abbildung rechtfertigende Berichterstattung zulässig sein kann, wenn sie dem Zweck dient, die Öffentlichkeit über die Gestaltung und Ausrichtung einer neuen Zeitung zu informieren.

Der Kläger ist Boris Becker. Die Beklagte gibt die Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung heraus. Vor dem Erscheinen der Erstausgabe am 30. September 2001 stellte sie der Fachöffentlichkeit ein Testexemplar der Zeitung vor. Dieses Testexemplar

ist in der Werbekampagne zur Einführung der Zeitung vom 10. September 2001 bis zum 31. März 2002 in zusammengerollter Form – wie eine Zeitung in Zeitungsröhre gesteckt zu werden pflegt – abgebildet. Die Abbildung zeigt den oberen Teil der Titelseite mit dem Namen der Zeitung. Darunter ist links eine Fotografie des damaligen Bundesaußenministers Fischer und rechts ein Portraitfoto des Klägers zu sehen. Neben dem Bild des Klägers befindet sich die Schlagzeile „Der strauchelnde Liebling“ mit dem Untertitel „Boris Beckers mühsame Versuche, nicht aus der Erfolgspur geworfen zu werden Seite 17“. Das Original des in der Werbekampagne abgebildeten Testexemplars der Zeitung zeigte neben einer ausgearbeiteten Titel- und Rückseite nur das vorgesehene Layout und enthielt insbesondere nicht den für Seite 17 angekündigten Bericht über Boris Becker. Ein solcher Bericht erschien auch in keiner späteren Ausgabe der Zeitung. Die Veröffentlichung des Fotos erfolgte ohne Einwilligung des Klägers.

Der Kläger ist der Ansicht, die Beklagte habe mit der ungenehmigten Verwendung seines Bildnisses in ihrer Werbekampagne sein Recht am eigenen Bild verletzt. Er hat die Beklagte auf Zahlung einer fiktiven Lizenzgebühr in Höhe von 2.365.395,55 € in Anspruch genommen. Das Landgericht hat die Beklagte unter Abweisung der weitergehenden Klage zur Zahlung von 1,2 Mio. € verurteilt. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht den Anspruch des Klägers dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Auf die Revision der Beklagten hat der Bundesgerichtshof die Entscheidungen des Berufungsgerichts teilweise aufgehoben. Die Prüfung, ob die in der Werbekampagne der Beklagten verwendete Fotografie des Klägers als Bildnis aus dem Bereich der Zeitgeschichte i. S. von § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG ohne seine Einwilligung habe verbreitet werden dürfen, erfordere eine Abwägung zwischen dem Interesse des Klägers am Schutz seiner Persönlichkeit und dem von der Beklagten wahrgenommenen Informationsinteresse der Öffentlichkeit. Die Werbung im Streitfall sei nicht zu vergleichen mit einer Werbung, in der eine wirklich erschienene Ausgabe einer Zeitung abgebildet sei. Eine Person der Zeitgeschichte müsse eine solche Werbung je-

denfalls in einem gewissen zeitlichen Zusammenhang mit dem Erscheinen der Zeitung hinnehmen, wenn der Zeitungsartikel selbst und seine Ankündigung auf der Titelseite unbedenklich sei. Der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Klägers sei nicht besonders schwerwiegend, lasse ihn allerdings nicht in einem günstigen Licht erscheinen. Mit der Abbildung einer kleinen, neutralen Porträtaufnahme des Klägers habe die Beklagte zwar die Aufmerksamkeit der Betrachter auf ihre Zeitung gelenkt. Sie habe dabei aber nicht den Eindruck erweckt, der Kläger empfehle ihre Zeitung. Die Beklagte könne sich demgegenüber auf das vom Grundrecht der Pressefreiheit geschützte Interesse berufen, die Öffentlichkeit mit der Abbildung einer Titelseite über die Gestaltung und Ausrichtung ihrer neuen Zeitung zu unterrichten. Vor dem Erscheinen der Erstausgabe habe sie nur mit der Titelseite einer nicht erschienenen Ausgabe der Sonntagszeitung werben können. Die Abbildung eines Porträtfotos des Klägers sei bei einer Abwägung der betroffenen Interessen deshalb zunächst auch ohne die angekündigte Berichterstattung zulässig gewesen.

Die Schwierigkeit, in der Werbung nicht mit der Abbildung eines bereits erschienenen Exemplars der Zeitung werben zu können, habe aber nur für die Phase bis zum Erscheinen der Sonntagszeitung bestanden. Als bald nach dem 30. September 2001 sei es der Beklagten dagegen im Hinblick auf das beeinträchtigte Persönlichkeitsrecht des Klägers zumutbar gewesen, ihre Werbung für das neue Blatt umzustellen und in der Werbekampagne die Titelseite einer erschienenen Ausgabe der Zeitung zu verwenden. Der Bundesgerichtshof hat den Anspruch des Klägers daher insoweit für dem Grunde nach gerechtfertigt gehalten, als die Beklagte sein Bildnis auch nach dem 1. November 2001 in ihrer Einführungswerbung verwendet hat. Das Berufungsgericht wird nunmehr über die Höhe der dem Kläger zustehenden fiktiven Lizenzgebühr zu entscheiden haben.

Pressemitteilung Nr. 223/09 v. 30.10.2009

BGH: FIFA unterliegt im Streit mit Ferrero über WM-Marken

BGH Urteil vom 12.11.2009 I ZR 183/07 – WM-Marken; OLG Hamburg – Urteil vom 13.09.2007 3 U 240/05; LG Hamburg – Urteil vom 25.10.2005 312 O 353/05

Der u.a. für das Wettbewerbs- und Markenrecht zuständige I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat heute über Ansprüche der FIFA auf Löschung von Marken entschieden, die sich auf die Fußball-Weltmeisterschaft 2006 in Deutschland und 2010 in Südafrika beziehen und die Ferrero hat eintragen lassen.

Die Klägerin, die FIFA mit Sitz in der Schweiz, veranstaltet die Fußball-Weltmeisterschaften. Sie ist Inhaberin zahlreicher Marken, die auf die Fußball-Weltmeisterschaften 2006 in Deutschland und 2010 in Südafrika Bezug nehmen. Die beklagte Ferrero GmbH gibt zu Fußball-Weltmeisterschaften Sammelbilder heraus, die sie ihren Schokoladenerzeugnissen beilegt. Sie hat mehrere Marken eintragen lassen, die ebenfalls einen Bezug zur Fußball-Weltmeisterschaft aufweisen, um ihre Sammelbildaktion markenrechtlich abzusichern. Die Klägerin hat die Beklagte auf Löschung der Marken in Anspruch genommen.

Der Bundesgerichtshof hat in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht die Löschanträge der Klägerin sowohl unter kennzeichenrechtlichen als auch wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten verneint.

Kennzeichenrechtliche Ansprüche der Klägerin hat der Bundesgerichtshof verneint, weil keine Verwechslungsgefahr zwischen den Marken der Parteien bestehe und die Klägerin die begehrten Ansprüche auch nicht mit Erfolg auf Werktitel mit den Bezeichnungen „WM 2010“, „GERMANY 2006“ und „SOUTH AFRICA 2010“ stützen könne. Aus Wettbewerbsrecht abgeleitete Ansprüche hat der Bundesgerichtshof ebenfalls verneint. Durch die Marken der Beklagten werde der Verkehr nicht zu der unzutreffenden Annahme veranlasst, die Beklagte sei offizieller Sponsor der Klägerin. Die Beklagte behindere die Klägerin durch die Markeneintragungen nicht in wettbewerbswidriger Weise in ihrem Bemühen, die Fußball-Weltmeisterschaften durch Einräumung von Lizenzen an Sponsoren zu vermarkten. Auch auf die Generalklausel des § 3 UWG könne die Klägerin die Löschanträge nicht mit Erfolg stützen. Das grundgesetzlich geschützte Recht der Klägerin zur wirtschaftlichen Verwertung der von ihr organisierten Sportveranstaltungen führe nicht dazu, dass ihr jede

wirtschaftliche Nutzung, die auf das Sportereignis Bezug nehme, vorbehalten sei.

Pressemitteilung Nr. 232/09 v. 13.11.2009

BGH zu Verwendung fremder Fotos für Rezeptsammlung im Internet

Urteil vom 12. November 2009 – I ZR 166/07 – marions.kochbuch.de; OLG Hamburg - Urteil vom 26. September 2007 – 5 U 165/06; LG Hamburg - Urteil vom 4. August 2006 – 308 O 814/05

Der u.a. für das Urheberrecht zuständige I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat entschieden, dass der Betreiber einer Rezeptsammlung im Internet dafür haften kann, wenn Internetnutzer widerrechtlich Fotos von Kochrezepten auf seine Internetseite hochladen.

Die Beklagte bietet unter der Internetadresse www.chefkoch.de eine kostenfrei abrufbare Rezeptsammlung an. Die Rezepte werden von Privatpersonen selbständig mit passenden Bildern hochgeladen. Dabei wurden mehrfach vom Kläger angefertigte Fotos verwendet, ohne seine Zustimmung einzuholen. Diese Fotos konnten zusammen mit entsprechenden Rezepten kostenlos unter der Internetadresse www.marions-kochbuch.de abgerufen werden, die der Kläger gemeinsam mit seiner Ehefrau betreibt.

Der Kläger will der Beklagten insbesondere verbieten lassen, bestimmte von ihm erstellte und unter www.marions-kochbuch.de abrufbare Fotografien ohne seine Erlaubnis auf der Internetseite www.chefkoch.de öffentlich zugänglich zu machen. Außerdem begehrt er Schadenersatz. Die Klage hatte vor dem Landgericht und dem Oberlandesgericht Erfolg.

Der Bundesgerichtshof hat die Revision der Beklagten zurückgewiesen. Die Bereitstellung der urheberrechtlich geschützten Fotos des Klägers zum Abruf unter der Internetadresse www.chefkoch.de verletze dessen ausschließliches Recht auf öffentliche Zugänglichmachung (§ 15 Abs. 2 Nr. 2, § 19a UrhG). Der Rechtsverletzung stehe nicht entgegen, dass die Fotos bereits zuvor auf der Internetseite des Klägers allgemein abrufbar gewesen seien. Die Haftung der Beklagten werde auch nicht dadurch beschränkt, dass Diensteanbieter im Falle der Durchleitung und Speicherung fremder Informationen für Rechtsverletzungen nur eingeschränkt haften (vgl. §§ 8 bis 10 TMG). Denn die Beklagte habe sich

die von ihren Nutzern hochgeladenen Inhalte zu eigen gemacht. Für diese Inhalte müsse sie daher wie für eigene Inhalte einstehen.

Nach Ansicht des BGH betreibt die Beklagte nicht lediglich eine Auktionsplattform oder einen elektronischen Marktplatz für fremde Angebote. Sie habe vielmehr nach außen sichtbar die inhaltliche Verantwortung für die auf ihrer Internetseite veröffentlichten Rezepte und Abbildungen übernommen. Die Beklagte kontrolliere die auf ihrer Plattform erscheinenden Rezepte inhaltlich und weise ihre Nutzer auf diese Kontrolle hin. Nicht zuletzt kennzeichne die Beklagte die Rezepte mit ihrem Emblem, einer Kochmütze. Der Verfasser des Rezepts erscheine lediglich als Aliasname und ohne jede Hervorhebung unter der Zutatenliste. Zudem verlange die Beklagte das Einverständnis ihrer Nutzer, dass sie alle zur Verfügung gestellten Rezepte und Bilder beliebig vervielfältigen und an Dritte weitergeben darf.

Der Bundesgerichtshof hat dem Kläger auch Schadensersatz zugesprochen. Die Beklagte habe nicht ausreichend geprüft, wem die Rechte an den auf ihrer Plattform erschienenen Fotos zustünden. Der Hinweis in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen, dass auf ihre Plattform keine urheberrechtsverletzenden Inhalte geladen werden dürften, reiche insoweit nicht aus.

Pressemitteilung Nr. 233/09 v. 13.11.2009

BGH zur Werbung mit Preisnachlass für nur im Geschäft vorrätige Waren

BGH Urteil vom 10. Dezember 2009 - I ZR 195/07; OLG Stuttgart - Urteil vom 22. November 2007 - 2 U 45/07; LG Stuttgart - Urteil vom 16. Mai 2007 - 39 O 46/07 KfH

Der u. a. für das Wettbewerbsrecht zuständige I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat entschieden, dass die Werbung für einen Preisnachlass von 19% wettbewerbswidrig ist, wenn in der Werbung nicht klar und eindeutig darauf hingewiesen wird, dass der Nachlass nur für im Geschäft vorrätige Waren in Anspruch genommen werden kann.

Die Parteien sind Wettbewerber auf dem Gebiet des Handels mit Foto- und Videokameras. Die Beklagte, die einen entsprechenden Markt in Stuttgart-Feuerbach betreibt, warb mit einem Prospekt für einen Preisnachlass mit folgendem Text: „Nur

heute 3. Januar Foto- und Videokameras ohne 19% Mehrwertsteuer!*". In dem Sternchenhinweis des Prospekts war angegeben „Sparen Sie volle 19% vom Verkaufspreis“. Am 3. Januar 2007 suchten zwei Mitarbeiter der Klägerin das Geschäft der Beklagten auf und erhielten beim Kauf einer Kamera auf den Verkaufspreis einen Nachlass von 19%. Auf ihre Nachfrage, ob auch nicht vorrätige Ware bestellt werden könne, erhielten sie die Auskunft, dass dies möglich sei. Auf den Preis werde aber nicht der Rabatt gewährt, der nur am 3. Januar auf die im Geschäft vorrätige Ware zu erhalten sei.

Die Klägerin hält die Werbung für den Preisnachlass wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot für wettbewerbswidrig und hat die Beklagte auf Unterlassung, Feststellung der Schadensersatzpflicht und Auskunftserteilung in Anspruch genommen. Das Landgericht Stuttgart hatte der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht Stuttgart hat die Entscheidung des Landgerichts bestätigt. In einem nicht zum BGH gelangten Fall hatte das Oberlandesgericht Karlsruhe die gleiche Werbung, die von einem zum selben Konzern wie die Beklagte gehörenden Unternehmen in Auftrag gegeben war, für wettbewerbsrechtlich unbedenklich gehalten.

Der Bundesgerichtshof hat die Revision des beklagten Handelsunternehmens gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Stuttgart zurückgewiesen. Bei dem beworbenen Preisnachlass handelt es sich um eine Verkaufsförderungsmaßnahme. Die Bedingungen für die Inanspruchnahme einer solchen Maßnahme müssen bereits in der Werbung klar und eindeutig angegeben werden. Diesen Anforderungen genügt die Werbung der Beklagten nicht. Damit der Verbraucher seine Kaufentscheidung in Kenntnis aller relevanten Umstände treffen kann, muss er sich über die Bedingungen, die der Handel für die Inanspruchnahme einer Vergünstigung setzt, informieren können. Hierzu zählt auch der Umstand, dass ein angekündigter Nachlass nicht auf Ware gewährt wird, die nicht (mehr) vorrätig ist, aber bestellt werden kann. Möchte der Handel den angekündigten Preisnachlass in dieser Weise einschränken, muss er hierauf bereits in der Werbung hinweisen.

Pressemitteilung Nr. 251/09 v. 11.12.2009

BGH: Keine Wettbewerbsklage gegen nachteilige Äußerungen in Patentschrift

BGH Urteil vom 10. Dezember 2009 – I ZR 46/07 – Fischdosendeckel; OLG Dresden - Urteil vom 16. Januar 2007 – 14 U 2141/05; LG Dresden - Urteil vom 18. November 2006 – 45 O 390/03

Ein Hersteller eines Produkts kann mit einer Klage vor den Wettbewerbsgerichten nicht erreichen, dass aus der Patentschrift eines für einen Konkurrenten erteilten Patents Angaben über angebliche Nachteile dieses Produkts gestrichen werden. Dies hat der u. a. für das Wettbewerbsrecht zuständige I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs entschieden.

Die Beklagte, die wie die Klägerin Deckel für Fischdosen herstellt, meldete im September 1993 ein Patent für einen Aufreißdeckel aus Blech für eine Dose an. In der Anmeldung gab sie, wie es im Patenterteilungsverfahren vorgeschrieben und üblich ist, den für dieses technische Gebiet bekannten Stand der Technik an. In diesem Zusammenhang benannte sie eine europäische Patentschrift und legte einzelne Nachteile des nach dieser Patentschrift von der Klägerin hergestellten Aufreißdeckels dar. Sodann beschrieb sie die durch ihre eigene Erfindung zu lösende Aufgabe: Es gehe darum, einen Aufreißdeckel zu schaffen, der die zuvor angeführten Nachteile des bekannten Deckels der Klägerin nicht aufweise. Das Patent wurde der Beklagten im Juni 2002 erteilt. Die Patentschrift wurde Ende 2003 veröffentlicht.

Die Klägerin hält die Angaben über die angeblichen Nachteile des von ihr hergestellten Aufreißdeckels in der Patentanmeldung der Beklagten für unzutreffend. Die Beklagte setze das Produkt der Klägerin daher in unzulässiger Weise herab und verstoße damit gegen § 4 Nr. 8 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Nach dieser Vorschrift ist die Behauptung nicht erweislich wahrer geschäftsschädigender Tatsachen über Mitbewerber unlauter. Mit ihrer Klage hat sie von der Beklagten verlangt, derartige Behauptungen zu unterlassen und durch Abgabe von entsprechenden Erklärungen gegenüber dem Deutschen Patent- und Markenamt die Löschung der beanstandeten Angaben in der Patentschrift zu bewirken. Sie hat ferner der Bundesrepublik Deutschland den Streit verkündet, die - vertreten durch das Deut-

sche Patent- und Markenamt - dem Rechtsstreit auf Seiten der Beklagten beigetreten ist. Das Landgericht Dresden hat über die Richtigkeit der von der Klägerin beanstandeten Angaben Beweis durch Einholung eines Sachverständigengutachtens erhoben und der Klage sodann teilweise stattgegeben. Das Oberlandesgericht Dresden hat die Beklagte in vollem Umfang verurteilt. Der Bundesgerichtshof hat auf die Revision der Beklagten die vorinstanzlichen Entscheidungen aufgehoben und die Klage insgesamt abgewiesen.

Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs richtet sich die Frage, welche Angaben in die Fassung der Patentanmeldung aufzunehmen sind, aufgrund deren das Patent erteilt worden ist und die als Bestandteil der Patentschrift veröffentlicht werden, ausschließlich nach den für die Patenterteilung geltenden Rechtsvorschriften des Patentgesetzes. Rechtsstreitigkeiten darüber sind in den dafür nach dem Patentgesetz vorgesehenen Verfahren auszutragen. Eine Rechtsverfolgung vor den ordentlichen Gerichten ist mit den Erfordernissen eines sachgerechten, im Patentgesetz gesondert geregelten Patenterteilungsverfahrens nicht vereinbar. Eine Klage, mit der - wie im vorliegenden Rechtsstreit - außerhalb der durch das Patentgesetz zur Verfügung gestellten Verfahrensordnung auf die Patenterteilung oder das weitere rechtliche Schicksal eines erteilten Patents Einfluss genommen werden soll, ist daher bereits unzulässig. Soweit die Klägerin Unterlassung der beanstandeten Äußerungen auch außerhalb einer Patentanmeldung begehrt hat, hat der Bundesgerichtshof die Klage zwar für zulässig erachtet. Er hat sie aber als unbegründet abgewiesen. Die Klägerin hatte nicht vorgetragen, dass die Beklagte die nachteiligen Aussagen über das Produkt der Klägerin auch außerhalb des Patenterteilungsverfahrens zu machen beabsichtigte.

Pressemitteilung Nr. 252/09 v. 11.12.2009

II. PRESSEMITTEILUNGEN DER INSTANZGERICHTE

zusammengestellt von *Carsten Johne*

OLG Brandenburg: OLG erlässt keine einstweiligen Verfügungen bei missbräuchlicher Abmahnung von Wettbewerbsverstößen

Urteil vom 22.09.2009 (6 W 93/09); Beschlüsse vom 29.06.2009 (6 W 100/09) und vom 18.09.2009 (6 W 128/09 und 6 W 141/09)

Der für Wettbewerbssachen zuständige 6. Zivilsenat des Brandenburgischen Oberlandesgerichts hat in einer Reihe kürzlich ergangener Entscheidungen Beschwerden gegen Entscheidungen der Landgerichte im Land Brandenburg zurückgewiesen, mit denen der Erlass von einstweiligen Verfügungen wegen unlauterer Werbung begehrt wurde.

Nach Auffassung des Senats ging es den Antragstellern in diesen Fällen nicht um die Abwehr von Störungen des Wettbewerbs. Ihr Ziel war vielmehr, die abgemahnten Konkurrenten mit möglichst hohen Abmahn- und Anwaltskosten zu belasten.

So hat der Senat eine sofortige Beschwerde zurückgewiesen, weil der in Stuttgart ansässige Antragsteller seinen in Köln ansässigen Konkurrenten weder in Stuttgart noch in Köln, sondern in Cottbus durch einen in Dresden ansässigen Anwalt hat in Anspruch nehmen lassen, ohne vernünftige Gründe für die Wahl dieses Gerichtsstandes angeben zu können. Der Senat hat aus diesem Verhalten des Antragstellers geschlossen, dass durch die Wahl des vom Sitz seines Gegners möglichst weit entfernten

Gerichts dieser von der unter diesen Umständen besonders kostspieligen Rechtsverteidigung abgehalten werden sollte.

In einem weiteren Fall, in dem der Antragsteller in einer Vielzahl von Fällen Unterlassungsansprüche geltend gemacht hatte, hat das Gericht angenommen, dass ein Antragsteller, der sich nicht an das nächstliegende zuständige Gericht, sondern an entfernte Gerichte wendet, offenbar verhindern will, dass sein missbräuchliches Verhalten auffällt. Bei Vielabmahnern liege die Annahme eines Missbrauch auch dann nahe, wenn der glaubhaft gemachte Umsatz aus der Sicht eines vernünftigen Marktteilnehmers in keinem angemessenen Verhältnis zu den durch die vielfache Rechtsverfolgung ausgelösten Abmahn-, Gerichts- und Anwaltskosten stehe.

Schließlich hat das Gericht auch deutlich gemacht, dass nur solche Unternehmen überhaupt zur Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen wegen unlauterer Werbung berechtigt sind, die wirklich am Markt in nennenswertem Umfang Umsätze

erzielen und dies auch hinreichend belegen können. Der bloße Hinweis auf eine Internetpräsentation genüge nicht.

[Link](#)

OLG Karlsruhe: Unternehmer muss Wettbewerber Detektivkosten ersetzen

Die Parteien, zwei u.a. im Rhein-Neckar-Raum tätige Plakatierungsunternehmen, sind Wettbewerber. Der Kläger verdächtigte den Beklagten, systematisch Plakate abzuhängen und zu beschädigen, die der Kläger aufgehängt hatte; er hatte in der Vergangenheit bereits einen entsprechenden Verbotstitel erwirkt. Um seinen Verdacht belegen zu können, schaltete er eine Detektei ein, die den Beklagten observierte und bei ihm einen Mitarbeiter als Praktikanten einschleuste. Dieser trug einen GPS-Sender bei sich und begleitete den Beklagten bei der Plakatierung. Bei der Observation, für die die Detektei auch GPS-Sensoren am Aufstellort von Plakaten einsetzte, stellte sie mehrere Aktionen des Beklagten fest, in denen er Plakate des Klägers abhängte, in der Nähe ablegte und dort selbst Plakate aufhängte.

Der Kläger verlangte nun vom Beklagten Ersatz der Detektivkosten in Höhe von ca. 32.000 €. Das Landgericht hat der Klage teilweise in Höhe von ca. 16.000 Euro stattgegeben, auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht diesen Betrag auf ca. 11.000 Euro reduziert.

Der u.a. für das Wettbewerbsrecht zuständige 6. Zivilsenat führt aus, dass der Kläger dem Grunde nach Detektivkosten verlangen kann. Das Abhängen fremder Plakate stellt eine unlautere Behinderung des Wettbewerbers nach § 4 Nr. 10 UWG dar und löst einen Schadensersatzanspruch aus, zu dem auch die Detektivkosten gehören.

Voraussetzung für die Erstattungs-fähigkeit ist ein konkreter Verdacht, der hier vorlag. Erforderlich ist weiter, dass der Geschädigte die vom Detektiv getroffenen Feststellungen nicht mit eigenen Mitteln, z.B. eigenen Angestellten treffen kann. Hier war der Kläger nicht in der Lage, die zahlreichen möglichen Plakatierungsorte selbst zu beobachten. Der Erstattungsanspruch ist auch nicht wegen der Verwendung von GPS-Sendern ausgeschlossen. Das Gericht konnte sich nicht davon überzeugen, dass das vom Beklagten auch privat genutzte

Fahrzeug „verwanzt“ und über einen längeren Zeitraum rund um die Uhr verfolgt worden wäre, sondern hatte vielmehr davon auszugehen, dass die Detektei lediglich ihren Mitarbeiter mit einem GPS-Sender ausgestattet hatte. Dass man so feststellen konnte, wo er und der Beklagte sich während der Observation befanden, stellt keine über eine „klassische“ Observationsmaßnahme wesentlich hinausgehende Beeinträchtigung des Beklagten dar und lässt den Bereich seiner privaten Lebensgestaltung unberührt.

Der Umfang der Ersatzpflicht richtet sich nach dem, was ein vernünftiger, wirtschaftlich denkender Mensch nach den Umständen des Falles zur Beseitigung der Störung als erforderlich angesehen haben würde. Hier bedurfte es des Nachweises mehrerer Verstöße in einem überschaubaren Zeitraum, um eine solche systematische Wettbewerbsverletzung abzustellen. Denn nur dann konnte der Kläger damit rechnen, ein Ordnungsgeld mit der erforderlichen abschreckenden Wirkung bei Gericht erreichen zu können.

Nach der Entdeckung von vier Verstößen waren jedoch die Zwecke der Überwachung erfüllt, eine weitere Fortsetzung war nicht mehr erforderlich. Auch die geltend gemachten Fahrtkosten können nicht in voller Höhe ersetzt werden, da es dem Kläger zuzumuten war, eine Detektei in der Nähe zu beauftragen. Auch andere Positionen erwiesen sich nicht als ersatzfähig. So erschloss sich nicht, weshalb eine Detektei an einem Nachmittag im Mai viereinhalb Stunden lang beobachtete, wie der Beklagte auf seinem Firmengelände grillte, um dann zu dem Ergebnis zu kommen, dass es sich wahrscheinlich um eine Betriebsfeier handelte.

Insgesamt ergibt sich so ein Schadensersatzanspruch von ca. 11.000 € für Besprechungs-, Recherche- und Überwachungsstunden, Fahrtkosten, Einsatz des eingeschleusten Mitarbeiters sowie die Verwendung der GPS-Bewegungssensoren. Dieser Betrag steht nicht außer Verhältnis zum erstrebten Erfolg, denn das Interesse des Klägers, die Verstöße mit ihrer erheblich geschäftsschädigenden Wirkung zu unterbinden, ist deutlich höher zu bewerten.

Die Revision ist nicht zugelassen worden.

Pressemitteilung vom 30.09.2009 [Link](#)

OLG Düsseldorf: Kein Kartellverstoß der Drogerie Rossmann GmbH – Freispruch

Urteil vom 12.11.2009, Aktenzeichen VI-2 Kart 9/08 Owi

Der 2. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf hat heute die Firma Rossmann GmbH, Burgwedel, und deren Inhaber Dirk Rossmann vom Vorwurf unbilliger Behinderung anderer Unternehmen (Verkauf von Waren unter Einstandspreis) freigesprochen.

Das Bundeskartellamt hatte dem Unternehmen und dem Inhaber vorgeworfen, im Jahr 2005 in 267 Fällen 55 Drogerieartikel unter Einstandspreis angeboten zu haben. Dies stellte nach Auffassung des Bundeskartellamts einen Verstoß gegen das Verbot unbilliger Behinderung dar (§ 20 Absatz 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen). Nach dieser Vorschrift dürfen Unternehmen ihre Marktmacht nicht dazu ausnutzen, kleine und mittlere Wettbewerber unbillig behindern. Das Bundeskartellamt hatte für die Berechnung der Einkaufspreise die Werbekostenzuschüsse als allgemeinen Rabatt angesehen, der auf alle Produkte eines Herstellers zu verteilen war. Diese Berechnung führte dazu, dass in bestimmten Fällen Waren unter Einkaufspreis angeboten worden wären. Das Bundeskartellamt hatte zuletzt ein Bußgeld von 5,5 Millionen Euro gegen das Unternehmen und von 300.000 Euro gegen den Inhaber beantragt.

Der 2. Kartellsenat hat das Unternehmen und den Firmeninhaber heute vom Vorwurf unbilliger Behinderung freigesprochen. Das Gericht hat verneint, dass bei der Firma Rossmann GmbH Waren unter Einkaufspreis verkauft worden waren. Nach Überzeugung des Senats sind im konkreten Fall die Warenkostenzuschüsse und damit die Einstandspreise nicht wie vom Bundeskartellamt vorgenommen zu berechnen. Vielmehr ist der Senat nach der Beweisaufnahme davon überzeugt, dass bei der Firma Rossmann Werbekostenzuschüsse in jahrzehntelanger Praxis und in Absprache mit den Lieferanten nicht auf das Gesamtsortiment, sondern auf die konkret beworbenen Waren angerechnet worden waren. Bei dieser Berechnung ergaben sich dann Verkaufspreise, die über den Einstandspreisen lagen. Der Senat hatte daher das Unternehmen und den Betroffenen vom

Vorwurf unbilliger Behinderung freigesprochen.

Gegen die Entscheidung kann die Staatsanwaltschaft Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof einlegen.

Pressemitteilung vom 12.11.2009 [Link](#)

OLG Düsseldorf: Bahn-Stromnetz unterliegt der Preiskontrolle

Beschluss des 3. Kartellsenats vom 16.12.2009, Aktenzeichen VI-3 Kart 61/09 (V)

Der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf hat entschieden, dass die Deutsche Bahn AG-Tochter, die DB Energie GmbH, ihre Preise für die Durchleitung von Fremdstrom durch ihr Bahnstrom-Fernleitungsnetz von der Bundesnetzagentur genehmigen lassen muss.

Die DB Energie GmbH betreibt ein rund 7.700 Kilometer langes Bahnstrom-Fernleitungsnetz. Konkurrenten der Deutschen Bahn AG, die den Oberleitungsstrom an der Schiene nutzen wollen, können den Strom entweder im Rahmen einer „Bahnstrom-Vollversorgung“ von der DB Energie GmbH oder von einem Drittunternehmen beziehen. Beziehen sie den Strom von Drittanbietern muss der Fremdstrom durch das Bahnstrom-Fernleitungsnetz der DB Energie GmbH zur Oberleitung an der Schiene „durchgeleitet“ werden. Soll Fremdstrom genutzt werden, kann das Bahnunternehmen oder der Drittanbieter mit der DB Energie GmbH einen Netzzugangsvertrag zur Durchleitung des Fremdstroms schließen.

Bislang wurden die von der DB Energie GmbH verlangten Preise nur darauf überprüft, ob die Entgelte im Einzelfall diskriminierend waren. Am 18.12.2008 hatte die Bundesnetzagentur festgestellt, dass die Netzzugangsentgelte für das Bahnstrom-Fernleitungsnetz nach dem Energiewirtschaftsgesetz zu prüfen und damit der Höhe nach zu genehmigen seien. Hiergegen hatte sich die DB Energie GmbH gewandt und sich darauf berufen, dass auf das Bahnstrom-Fernleitungsnetz nicht das Energiewirtschaftsgesetz anwendbar sei.

Der 3. Kartellsenat hat nun entschieden, dass auch für das Bahnstrom-Fernleitungsnetz das Energiewirtschaftsgesetz gelte. Die DB Energie GmbH hat daher einen Antrag auf Genehmigung ihrer Durchleitungspreise zu stellen und die Angemessenheit und Höhe ihrer verlangten

Entgelte auf einer kostenorientierten Basis genehmigen zu lassen.

Gegen die Entscheidung kann binnen eines Monats nach Zustellung Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof eingelegt werden. Die Entscheidung ist in etwa drei Wochen im Internet unter www.nrwe.de abrufbar.

Pressemitteilung vom 17.12.2009 [Link](#)

III. PRESSEMITTELUNGEN DES BUNDESMINISTERIUMS FÜR JUSTIZ

zusammengestellt von *Carsten Johné*

Zypries: Gute Nachrichten aus New York für Autoren und Verleger

Die US-amerikanischen Autoren und Verlegerverbände werden den zwischen ihnen und Google Inc. vereinbarten Vergleich, sog. Google Book Settlement, grundlegend überarbeiten. Die Parteien werden so den zahlreichen Bedenken vieler Individuen und Institutionen - neben der Bundesregierung u.a. auch das US-amerikanische Justizministerium - Rechnung tragen. Gleichzeitig haben die Parteien beantragt, den Anhörungstermin am 7. Oktober 2009 vor dem zuständigen New Yorker Gericht zu vertagen.

„Ich bin froh, dass die Parteien im Rechtsstreit um die Google Buchsuche eingesehen haben, dass es so nicht geht: erst Fakten schaffen und dann hoffen, dass ein New Yorker Gericht das legalisiert. Im Interesse der deutschen Urheber hat die Bundesregierung Stellung bezogen. Das US-Justizministerium teilt offensichtlich unsere Bedenken und hat das letzte Woche gegenüber dem Gericht klar gemacht. Dieses Ergebnis ist ein wichtiger Zwischenschritt. Wir werden das Ergebnis der nun anstehenden Verhandlungen der Parteien weiter genau verfolgen und nicht nachlassen, uns für die Rechte der deutschen Autoren und Verleger einzusetzen,“ erklärte Bundesjustizministerin Brigitte Zypries. „Unserem Ziel, dass der Vergleich jedenfalls nicht für die deutschen Urheber gilt, sind wir ein beträchtliches Stück näher gekommen.“

Zum Hintergrund:

Die Bundesregierung hat am 31. August 2009 auf Anregung von Bundesjustizministerin Brigitte Zypries ein sog. „Amicus Curiae Brief“ beim zuständigen New Yorker

Gericht eingereicht und darin ihre Bedenken gegen den von den Parteien des Rechtsstreits vorgeschlagenen Vergleichstext („Google Book Settlement“) geäußert. Google hat in den USA seit 2004 ohne vorherige Zustimmung der Rechtsinhaber Bücher aus US-amerikanischen Bibliotheken gescannt: Die digitalen Kopien nutzt Google für den Aufbau einer Datenbank (sog. „Google Books“-Projekt). Unter den gescannten Büchern befindet sich auch eine Vielzahl von Büchern deutscher Autoren. Amerikanische Autoren- und Verlegerverbände haben wegen der Verletzung von Urheberrechten gegen Google geklagt. Bei dieser Klage handelt es sich um eine sog. „class action“, die das deutsche Recht nicht kennt. Die Entscheidung bei einer „class action“ wirkt nicht nur für die Parteien des Rechtsstreits, sondern für alle Mitglieder einer „class“. Die Prozessparteien beabsichtigen, den Rechtsstreit durch einen Vergleich beizulegen. Dieser muss allerdings noch am 7. Oktober 2009 vom Gericht abschließend gebilligt werden. Der Vergleichstext sieht vor, dass Google in Zukunft die digitalisierten Werke in verschiedener Weise nutzen darf. Der sogenannte „display use“ erlaubt Google den Verkauf des Online-Zugangs für Bücher in den USA, bei vergriffenen Werken sogar ohne ausdrückliche Einwilligung der Rechtsinhaber, wobei die Entscheidung, ob ein Buch vergriffen ist, letztlich Google trifft. An den Einnahmen sollen die Rechtsinhaber, die sich bei der eigens zur Abwicklung des Vergleichs eingerichteten Registrierstelle anmelden, zu 63 % beteiligt werden. Für die erfolgte Vervielfältigung der Bücher muss Google eine Vergütung in Höhe von 60 USD/Buch an die Rechtsinhaber zahlen. Von diesen Regelungen sind auch die deutschen Autoren und Verleger betroffen, obwohl diese durch die klagenden Verbände nicht repräsentiert wurden.

Die Bundesregierung stellt mit ihrem Schriftsatz an das New Yorker Gericht klar, dass der Vergleich ihrer Auffassung nach gegen internationale Verträge wie die Revidierte Berner Übereinkunft und den WIPO-Urheberrechtsvertrag (WCT) verstößt. Nach diesen internationalen Verträgen setzt eine Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke zwingend die vorherige Zustimmung des Rechtsinhabers voraus. Auch ist nach Ansicht der Bundesregierung weder das Gerichtsverfahren vor dem New

Yorker Gericht noch der Vergleichsvorschlag wirklich repräsentativ, denn neben Google sind an diesem Verfahren nur Vereinigungen beteiligt, die ausschließlich amerikanische Autoren und Verleger repräsentieren. Die Interessen der deutschen Autoren und Verleger sind bei den Vergleichsverhandlungen daher bislang nicht vertreten worden, obwohl der Vergleich Auswirkungen auf die ganze Welt hat. Zudem würde der Vergleich Google Nutzungsrechte in einem Umfang verschaffen, die es bei ordnungsgemäßem Vorgehen niemals bekommen hätte. Derart umfassende Auswirkungen müssen - so die Bundesregierung - in einem fairen Verfahren geklärt werden, bei dem die Belange aller betroffenen Autoren und Verlage sowie die Interessen der Nutzer unter Berücksichtigung der nationalen und internationalen Auswirkungen in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden. Das könne jedoch die vergleichsweise Beilegung in einem US-amerikanischen Gerichtsverfahren nicht leisten.

Pressemitteilung vom 24.09.2009 [Link](#)

60 Jahre DPMA: 60 Jahre effektiver Schutz des geistigen Eigentums

60 Jahre DPMA: 60 Jahre effektiver Schutz des geistigen Eigentums Kurz nach dem Grundgesetz feiert am 1. Oktober 2009 auch das Deutsche Patent- und Markenamt (DPMA) seinen 60. Geburtstag. Der Schutz des geistigen Eigentums ist durch die Verfassung garantiert. Ein effektiv arbeitendes Deutsches Patent- und Markenamt sorgt dafür, dass diese Garantie mit Leben erfüllt wird.

„Als Verfassungsministerin ist mir der Schutz des geistigen Eigentums besonders wichtig. Ich gratuliere deshalb dem Deutsche Patent- und Markenamt herzlich zum 60. Geburtstag. Das DPMA hat nach dem Zweiten Weltkrieg in München die im Jahr 1877 durch das Kaiserliche Patentamt in Berlin begründete große Tradition des Schutzes von technischen Erfindungen, Formgebungen und Marken fortgeführt und ausgebaut. Ich beglückwünsche das Amt auch zu der hohen Qualität der Recherchen und Prüfungsergebnisse, die ihr national wie international zu einem hervorragenden Ruf verholfen hat,“ erklärte Bundesjustizministerin Brigitte Zypries. „Wir sind ein Land ohne große Bodenschätze. Kluge Ideen und Innovationen sind unsere wich-

tigsten Ressourcen. Sie sind der Motor wirtschaftlicher Entwicklung, nur mit guten Ideen bleiben wir wettbewerbsfähig, nur so sichern wir unseren Wohlstand. Deutschland ist nicht nur das Land der Dichter und Denker, sondern auch der Tüftler und Erfinder. Seit vielen Jahren hält unser Land in Europa den Spitzenrang bei Neuanmeldungen. Patente und Marken schützen Ideen oder den guten Namen. Man könnte auch sagen: 'Wer nicht erfindet, verschwindet. Wer nicht patentiert, verliert.' Seit nunmehr 60 Jahren steht das Deutsche Patent- und Markenamt im Mittelpunkt eines funktionsfähigen Systems des gewerblichen Rechtsschutzes. Ich bin mir sicher, dass das Jubiläum für das DPMA Ansporn ist, den klugen Köpfen in Deutschland auch in Zukunft ein kompetenter und zuverlässiger Ansprechpartner für den Schutz ihrer Ideen zu sein.“

Bereits 1877 wurde das Kaiserliche (ab 1918 Reichs-) Patentamt geschaffen, das bis 1945 seinen Sitz in Berlin hatte. Nach Ende des Zweiten Weltkriegs errichtete das „Gesetz über die Errichtung eines Patentamtes im Vereinigten Wirtschaftsgebiet“ vom 12. August 1949 das Deutsche Patentamt mit Sitz in München. Dort nahm es am 1. Oktober 1949 mit 423 Mitarbeitern seine Tätigkeit auf. 1990 wurde das „Amt für Erfindungs- und Patentwesen“ der DDR mit rund 600 Mitarbeitern in das Deutsche Patent- und Markenamt überführt. Inzwischen hat das Deutsche Patent und Markenamt - so die Bezeichnung seit 1998 - mehr als 2.500 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Das DPMA ist das größte nationale Patent- und Markenamt in Europa und weltweit das sechstgrößte Patentamt. Es hat Dienstsitze in München, Jena und Berlin. Die Behörde ist unter anderem für die Erteilung von Patenten, die Eintragung von Gebrauchsmustern, Marken und Geschmacksmustern (Design) sowie die Information der Öffentlichkeit über gewerbliche Schutzrechte zuständig. 2008 wurden circa 62.000 Patente, 74.000 nationale Marken, 17.000 Gebrauchsmuster und 48.000 Geschmacksmuster (Design) neu angemeldet. Im gleichen Zeitraum waren circa 135.000 Patente, 776.000 Marken, 100.000 Gebrauchsmuster und 297.000 Geschmacksmuster, die vom DPMA erteilt beziehungsweise eingetragen worden waren, in Kraft.

Pressemitteilung vom 28.09.2009 [Link](#)

Modernes Patentrecht tritt in Kraft

Am 1. Oktober 2009 tritt das Gesetz zur Vereinfachung und Modernisierung des Patentrechts in Kraft (BGBl. I S. 2521). Das Gesetz verbessert die Rechtslage bei der Anmeldung von Patenten und Marken und strafft das Rechtsmittelsystem.

Von der Reform des Patentrechts profitiert die gesamte Wirtschaft, die auf Erfindungen als Rohstoff der Wissensgesellschaft angewiesen ist. Kernstück des Gesetzes ist die Beschleunigung des sog. Nichtigkeitsverfahrens. In diesem Verfahren wird gerichtlich überprüft, ob ein Patent zu Recht erteilt wurde.

- In der ersten Instanz vor dem Bundespatentgericht muss das Gericht die Parteien nunmehr ausdrücklich auf Fragen hinweisen, die für die gerichtliche Entscheidung erheblich sind, aber von den Parteien in ihren bisherigen Schriftsätzen an das Gericht noch nicht ausreichend erörtert wurden. So wissen die Parteien besser, worauf es dem Gericht ankommt, und sie können ihren weiteren Vortrag auf das Wesentliche konzentrieren. Durch eine Fristsetzung werden Gegner und Gericht vor überraschendem neuen Vortrag geschützt, der bisher in vielen Fällen erst in der mündlichen Verhandlung vorgelegt wurde. Das hat häufig zu einer Verlängerung der Verfahrensdauer geführt.

- Auch das Berufungsverfahren vor dem Bundesgerichtshof soll künftig schneller ablaufen. Angestrebt ist eine Halbierung der Verfahrensdauer von derzeit mehr als vier Jahren. Nach dem bislang geltenden Verfahrensrecht eröffnet die Berufung in Patentnichtigkeitsverfahren eine vollständige neue Instanz; das heißt der gesamte Stoff der ersten Instanz muss gegebenenfalls erneut verhandelt werden. Dazu muss regelmäßig ein Sachverständiger bestellt werden, was sehr zeitaufwendig ist. Ab 1. Oktober 2009 wird sich die Berufung darauf konzentrieren, die Entscheidung der ersten Instanz auf Fehler zu überprüfen, so wie es sich in der Zivilprozessordnung bewährt hat. Patentinhaber, Konkurrenten und Öffentlichkeit erhalten damit schneller Klarheit, ob die patentierte Erfindung geschützt ist oder nicht.

Auch das Verfahren bei Arbeitnehmererfindungen, die etwa 80 Prozent aller Erfin-

dungen ausmachen, wird vereinfacht. Zielsetzung des Gesetzes über Arbeitnehmererfindungen ist es, die Zuordnung der im Arbeitsverhältnis entstandenen Erfindung zum Arbeitgeber sicherzustellen und dem Arbeitnehmer eine angemessene Vergütung dafür zu gewähren. Bisher mussten Arbeitgeber und angestellter Erfinder dafür mehrere Erklärungen mit unterschiedlichen Fristen austauschen. Diese Formalien haben in der betrieblichen Praxis immer wieder zu Fehlern geführt. Nunmehr soll eine sog. Inanspruchnahmefiktion gelten: Danach gehen Arbeitnehmererfindungen vier Monate nach ihrer Meldung automatisch auf den Arbeitgeber über, wenn dieser die Erfindung nicht vorher freigibt. In der Sache bleibt es aber bei dem bewährten Interessenausgleich: Der Arbeitgeber hat grundsätzlich einen Anspruch auf Dienstleistungen des Arbeitnehmers. Der Arbeitnehmer erhält dafür im Gegenzug einen Vergütungsanspruch.

Pressemitteilung vom 30.09.2009 [Link](#)

Durchbruch für das Gemeinschaftspatent: Ministerrat einigt sich auf Patentreformen

Der Ministerrat in Brüssel hat heute Kernelemente für Reformen des europäischen Patentsystems angenommen. Dazu erklärte Bundesjustizministerin Sabine Leutheusser-Schnarrenberger:

Heute ist ein guter Tag für Innovationen in Deutschland und Europa. Für die deutschen Unternehmen wird es künftig ein zügig erteiltes Patent geben, das in der ganzen EU gilt. Die EU beweist, dass es trotz unterschiedlicher Interessen gelingt, mit dem Schutz technischer Erfindungen den Binnenmarkt zu stärken. Ein starkes Patentrecht ist ein Motor für Innovationen. Deutschland als „Patenteuropameister“ wird davon am meisten profitieren.

Die Eckpunkte der Einigung:

Die Minister billigten heute die Verordnung über das Gemeinschaftspatent, die jetzt zur weiteren Beratung ins Europäische Parlament geht. Diese Verordnung soll ermöglichen, dass Erfindungen mit der Patenterteilung sofort EU-weiten Rechtsschutz genießen. Der heutige Beschluss der Minister enthält dazu Kriterien über die Verteilung der Patentgebühren auf die Mitgliedstaaten und die Zusammenarbeit der Patentämter.

Außerdem sprachen sich die Minister dafür aus, ein einheitliches europäisches Patentgericht zu schaffen. Damit sollen die Durchsetzung von Patenten erleichtert und widersprüchliche Entscheidungen nationaler Gerichte künftig vermieden werden. Das europäische Patentgericht soll auf den bewährten nationalen Gerichtsstrukturen aufbauen und ortsnah zu den Verfahrensparteien arbeiten. Ein Berufungsgericht stellt die Einheitlichkeit der Patentrechtsprechung sicher.

Über die Einzelheiten der Ausgestaltung der neuen Gerichtsstruktur muss im kommenden Jahr weiterverhandelt werden. Derzeit prüft der Europäische Gerichtshof, ob der den Ministern vorliegende Text europarechtlichen Anforderungen angepasst werden muss.

Pressemitteilung vom 04.12.2009 [Link](#)

Fortschritt für das internationale Urheberrecht: EU-Mitglieder ratifizieren WIPO-Internetverträge

Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union haben heute gemeinsam zum Schutz der Kreativen zwei wichtige internationale Verträge der Weltorganisation für geistiges Eigentum (World Intellectual Property Organization, WIPO) ratifiziert. Die Botschafter der Mitgliedstaaten der EU übergaben in einer feierlichen Stunde in Genf Francis Gurry, dem Generaldirektor der WIPO, die Ratifikationsurkunden. Dazu erklärt Bundesjustizministerin Sabine Leutheusser-Schnarrenberger:

Heute ist ein wichtiger Tag für das internationale Urheberrecht. Mit der Ratifikation der Verträge macht Deutschland im Schulterschluss mit den anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union auch international deutlich, wie wichtig der Schutz des geistigen Eigentums ist. Gerade das Beispiel Google Book Settlement zeigt die Bedeutung und den Bedarf nach internationalen Standards im Urheberrecht. In Deutschland haben wir die Vorgaben der Verträge schon umgesetzt. Mit dem Ersten Korb, dem Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, wurde das deutsche Urheberrecht 2003 den Vorgaben der WIPO-Verträge und der gemeinschaftsrechtlichen Info-Richtlinie angepasst. Jetzt gilt es, das Urheberrecht in Deutschland entschlossen weiterzuentwickeln, um auch künftig ein hohes Schutzniveau und eine wirksame Durch-

setzbarkeit des geistigen Eigentums zu gewährleisten.

Zu den heute ratifizierten Verträgen im Einzelnen:

Die Mitgliedsstaaten der Europäischen Union haben heute den WIPO-Urheberrechtsvertrag (WIPO Copyright Treaty - WCT) und den WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger (WIPO Performances and Phonogram Treaty - WPPT) ratifiziert. Beide Verträge ergänzen die bestehenden internationalen Verträge auf dem Gebiet des Urheberrechts, insbesondere das so genannte Rom-Abkommen von 1961 und die Revidierte Berner Übereinkunft (RBÜ), die in ihrer ursprünglichen Fassung bereits aus dem Jahre 1886 stammt. Der WCT passt das internationale Urheberrecht an die neuen technischen Entwicklungen an, vor allem an die digitale Technologie und die damit verbundenen Nutzungsmöglichkeiten urheberrechtlich geschützter Werke im Internet. Der WPPT schützt die Rechte der ausübenden Künstler - wie Sänger und Musiker - und der Tonträgerhersteller. Die Info-Richtlinie (Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft vom 22. Mai 2001) hatte den gemeinschaftsrechtlichen Rahmen für die Umsetzung der heute ratifizierten Verträge in den EU-Mitgliedstaaten vorgegeben.

Die beiden internationalen Abkommen waren bereits am 6. März 2002 bzw. am 20. Mai 2002 mit der Hinterlegung der jeweils 30. Ratifikationsurkunde in Kraft getreten. Deutschland und die anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union waren damals dem Vertrag noch nicht beigetreten. Der Rat der Europäischen Union hatte zuvor beschlossen, dass alle Mitgliedstaaten die Verträge gemeinsam ratifizieren sollten. Daher erfolgte die Hinterlegung der Urkunden erst heute - nachdem alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union ihr Urheberrecht den Vorgaben der Info-Richtlinie und der beiden WIPO-Verträge angepasst und damit die formalen Voraussetzungen für die Ratifikation erfüllt haben. Deutschland hat die Vorgaben der Info-Richtlinie bereits im Jahr 2003 durch den sogenannten Ersten Korb, dem Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, umgesetzt.

Pressemitteilung vom 14.12.2009 [Link](#)

D. AUFSÄTZE / URTEILSANMERKUNGEN

Zusammengestellt von *Carsten Johné*

(Die Auflistung stellt einen Überblick über die in Zeitschriften erschienenen Publikationen des letzten Quartals dar und erhebt nicht den Anspruch auf Vollständigkeit)

- ausgewertete Ausgaben: 206
- aufgeführte Literaturnachweise: 284

I. PATENTRECHT / GEBRAUCHSMUSTERRECHT

- **Bartenbach, Kurt/Volz, Franz-Eugen**
Die Novelle des Gesetzes über Arbeitnehmererfindungen 2009
GRUR 2009, 997 (Heft 11)

- **Bu, Yuanshi**
Das chinesische Patent- und Know-how-Lizenzvertragsrecht
GRURInt 2009, 807 (Heft 10)

- **Chronopoulos, Apostolos**
Patenting Standards - A Case for US Antitrust Law or a Call for Recognizing Imminent Public Policy Limitations to the Exploitation Rights Conferred by the Patent Act?
IIC 2009, 782 (Heft 7)

- **Ehlers, Jochen/Dombrowski, Jan/Königer, Karsten**
Auswählerfindungen - das Erfordernis der erfinderischen Tätigkeit, andere Patentierungsvoraussetzungen und Schutzbereich (Q209)
GRURInt 2009, 834 (Heft 10)

- **Fabry, Bernd**
Kein Stoffschutz ohne Verfahrensbenutzung? Zur jüngsten Standortbestimmung des Product-by-Process-Anspruchs in den USA
GRURInt 2009, 803 (Heft 10)

- **Frischknecht, Steffen/Kley, Hansjörg**
Änderungen ohne Ende an der Ausführungsordnung des EPÜ 2000 - Was will der Verwaltungsrat der Europäischen Patentorganisation?
sic! 2009 (Heft 10)

- **Gärtner, Anette**
Anm. zu BGH, Urt. v. 17.09.2009 - Xa ZR 2/08 - Pflicht des Spediteurs zur Einwilli-

gung in die Vernichtung beschlagnahmter Verletzungsgegenstände (MP3-Player-Import)
GRUR 2009, 1147 (Heft 12)

- **Gärtner, Anette/Vormann, Thorsten**
Der kartellrechtliche Zwangslizenz einwand im Patentverletzungsstreit „Orange Book-Standard“ und seine Folgen für die Praxis
Mitt. 2009, 440 (Heft 10)

- **Gallandi, Volker**
Interessenkollision und Parteiverrat als Risiken patentanwaltlicher Tätigkeit
Mitt. 2009, 501 (Heft 11)

- **Gruber, Joachim**
Muss die Große Beschwerdekammer des EPA bei Auslegungsfragen zur Richtlinie 98/44/EG dem EuGH vorlegen?
GRURInt 2009, 907 (Heft 11)

- **Heath, Christopher**
The Scope of DNA Patents in the Light of the Recent Monsanto Decisions
IIC 2009, 940 (Heft 8)

- **Hess-Blumer, Andri**
Patent Trolls - eine Analyse nach Schweizer Recht
sic! 2009 (Heft 12)

- **Jaeger, Thomas T./Hilty, Reto M./Drexler, Josef/Ullrich, Hanns**
Opinion: Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law on the 2009 Commission Proposal for the Establishment of a Unified European Patent Judiciary
IIC 2009, 817 (Heft 7)

- **Kurtz, Constantin**
Festsetzung der Patentanwaltsgebühr nach § 11 RVG
Mitt. 2009, 507 (Heft 11)

- **Link, Klaus-Ulrich**
Anm. zu BGH, Urt. v. 18.06.2009 - Xa ZR 138/05 - Besondere Rechtfertigung bei der Wahl eines Ausgangspunktes aus dem Stand der Technik für die Bestimmung der erfinderischen Tätigkeit („Fischbissanzeiger“)
jurisPR-WettbR 10/2009 Anm. 5

- **Lunze, Anja/Hessel, Tobias J.**
Überblick über die wichtigsten Änderungen durch das Gesetz zur Vereinfachung und Modernisierung des Patentrechts
Mitt. 2009, 433 (Heft 10)
- **Meier-Beck, Peter**
Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Patent- und Gebrauchsmusterrecht im Jahr 2008
GRUR 2009, 893 (Heft 10)
- **Müller, Achim F.**
G1/09: Bis wann kann eine Teilanmeldung eingereicht werden, falls die Stammanmeldung zurückgewiesen wurde? Zur Auslegung des Begriffs „anhängig“ in Regel 36(1) EPÜ
Mitt. 2009, 486 (Heft 11)
- **Müller-Stoy, Tilman**
Anm. zu BGH, Urt. v. 30.04.2009 - Xa ZR 156/04 - Unterschiedliche „Lesbarkeit“ eines Patentanspruchs als Mangel einer ausführbaren Offenbarung? („Sicherheitssystem“)
jurisPR-WettbR 9/2009 Anm. 5
- **Nieder, Michael**
Restschadenersatz-, Restentschädigungs- und Bereicherungsansprüche im Patentrecht
Mitt. 2009, 540 (Heft 12)
- **Renesse, Dorothea von/Schwenk, Norbert**
Anm. zu BPatG, Entsch. v. 29.04.2009 - 3 Ni 16/08 - Iodosulfuron
Mitt. 2009, 468 (Heft 10)
- **Schacht, Hubertus/Schacht, Dietrich W.**
Patentability of Pharmaceuticals in India
Mitt. 2009, 551 (Heft 12)
- **Schickedanz, Willi**
Patentverletzung durch Einsatz von geschützten Bauteilen in komplexen Vorrichtungen und die Rolle der Patent-Trolle
GRURInt 2009, 901 (Heft 11)
- Schreyer-Bestmann, Sylle Garbers-von/Boehm, Katharina**
Die Änderungen des Arbeitnehmererfindungsgesetzes durch das Patentrechtsmodernisierungsgesetz
DB 2009, 2266 (Heft 42)
- **Souza, Daniela Fasoli de/ Morais, Gustavo de Freitas**
Legal aspects involving protection of plants in Brazil
Mitt. 2009, 548 (Heft 12)
- **Stjerna, Ingve Björn**
Die Einrede des älteren Rechts
Mitt. 2009, 450 (Heft 10)
- **Stjerna, Ingve Björn**
Zum Wechsel der Schadensberechnungsmethode - Anmerkung zu BGH, Urt. v. 25.09.2007 - X ZR 60/06 - (Zerkleinerungsvorrichtung)
Mitt. 2009, 489 (Heft 11)
- **Trimborn, Michael/Fabry, Bernd**
Das Recht des Arbeitnehmererfinders in der internationalen Übersicht
Mitt. 2009, 529 (Heft 12)
- **Veitenheimer, Erich E.**
IP Protection of Plant Inventions in the United States
Mitt. 2009, 545 (Heft 12)
- **Véron, Pierre/Bouvet, Thomas**
Anm. zu Cour d'appel, Paris, v. 04.03.2009 - 07/08437 - In Vitro Detection of HIV Infection II)
IIC 2009, 861 (Heft 7)
- **Véron, Pierre/Romet, Isabelle**
Patents: Strengthening by Limitation - Voluntary Limitation of Granted French National Patents Is Now Possible
IIC 2009, 957 (Heft 8)
- **Völp, Fromut**
Zur Entstehung des Bundespatentgerichts
GRUR 2009, 918 (Heft 10)
- **Worm, Ulrich/Maucher, Barbara**
Der Transit - eine patentverletzende Handlung?
Mitt. 2009, 445 (Heft 10)

II. URHEBERRECHT / GESCHMACKSMUSTERRECHT

- **Adolphsen, Jens/Mutz, Martina**
Das Google Book Settlement
GRURInt 2009, 789 (Heft 10)
- **Arnold, Bernhard/Slopek, David E.F.**
Die Herausgabe des Verletzergewinns nach der Tripp-Trapp-Entscheidung des BGH
NJW 2009, 3694 (Heft 51)

- **Brägelmann, Tom**
Warum erfasst das Google Book Settlement Bücher aus Deutschland?
KUR 2009, 135 (Heft 5)

- **Bräutigam, Benedikt**
Anm. zu LG Berlin, Urt. v. 19.05.2009 - 16 O 8/07 - Angemessene Vergütung eines Drehbuchautors
ZUM 2009, 787 (Heft 10)

- **Brühl, Friederike Gräfin von**
Auslandsverlagerung und Käuferumlage: Wie der Kunsthandel die deutsche Folge-rechtsabgabe vermeidet
GRUR 2009, 1117 (Heft 12)

- **Bulling, Alexander**
Aktuelles aus dem Geschmacksmusterrecht (Beendigung der Londoner Akte des Haager Musterabkommens; Beitritt der Bundesrepublik Deutschland zur Genfer Akte des Haager Musterabkommens und sonstige aktuelle Themen aus dem Geschmacksmusterrecht)
Mitt. 2009, 498 (Heft 11)

- **Czernik, Ija**
§ 137 I UrhG - Eine ungewöhnliche Übergangsregelung
GRUR 2009, 913 (Heft 10)

- **Damm, Ole**
Anm. zu BGH, Urt. v. 22.04.2009 - I ZR 175/07 - Zur Rechtmäßigkeit von Online-Videorekordern („save.tv“)
K&R 2009, 577 (Heft 9)

- **Dietz, Adolf**
Das europäisch harmonisierte rumänische Urheberrecht - Entwicklung und augenblicklicher Stand nach dem EU-Beitritt Rumäniens
GRURInt 2009, 883 (Heft 11)

- **Ebke, Hans/Werner, Dennis**
Anm. zu LG Köln, Urt. v. 13.05.2009 - 28 O 889/08 - Anwendbarkeit von § 97 Abs. 2 UrhG
CR 2009, 687 (Heft 10)

- **Eilmansberger, Thomas**
Immaterialgüterrechtliche und kartellrechtliche Aspekte des Handels mit gebrauchter Software
GRUR 2009, 1123 (Heft 12)

- **Engels, Thomas**
Anm. zu BGH, Urt. v. 22.04.2009 - I ZR 216/06 - Rechtmäßigkeit eines Online-Videorecorders
ITRB 2009, 245 (Heft 11)

- **Euler, Ellen**
Recht am Bild der eigenen Sache? Wie frei sind gemeinfreie Kulturgüter?
AfP 2009, 459 (Heft 5)

- **Hansen, Gerd**
Für ein Zweitveröffentlichungsrecht für Wissenschaftler
GRURInt 2009, 799 (Heft 11)

- **Haupt, Stefan**
Anm. zu BGH, Urteil vom 26.03.2009 | I ZR 153/06 - Geltung des Abstraktionsprinzips im Urheberrecht („Reifen Progressiv“)
jurisPR-WettbR 11/2009 Anm. 3

- **Heckmann, Michael/Rau, Andreas**
„Gebrauchsoftware“ im unternehmerischen Geschäftsverkehr - Klauseln für den Umgang mit der aktuellen Rechtslage
ITRB 2009, 208 (Heft 9)

- **Hilber, Marc/Litzka, Niels**
Wer ist urheberrechtlicher Nutzer von Software bei Outsourcing-Vorhaben? Bestimmung des Begriffs des urheberrechtlichen Nutzers unter Berücksichtigung des Urteils des Bundesgerichtshofs zum internetbasierten persönlichen Videorekorder
ZUM 2009, 730 (Heft 10)

- **Hoene, Verena**
Aktuelle Entwicklungen des Titelschutzrechts
K&R 2009, 681 (Heft 11)

- **Hövelmann, Peter**
Der Wechsel des Einsprechenden - leicht gemacht
Mitt. 2009, 481 (Heft 11)

- **Hoffmann, Helmut**
Das Auskunftsverfahren nach § 101 Abs. 9 UrhG n.F. - Überblick über die Rechtsprechung im ersten Jahr nach Inkrafttreten der gesetzlichen Neuregelung
MMR 2009, 655 (Heft 10)

- **Jacobs, Rainer**
Anm. zu BGH, Urt. v. 07.10.2009 - I ZR 38/07 - Angemessene Vergütung für die

Einräumung von Nutzungsrechten an Übersetzungen (Talking to Addison)
GRUR 2009, 1154 (Heft 12)

- **Jani, Ole**

Alles eins? Das Verhältnis des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung zum Vielfältigkeitsrecht
ZUM 2009, 722 (Heft 10)

- **Kaufmann, Noogie C.**

Anm. zu BGH, Urt. v. 20.05.2009 - I ZR 239/06 - Strenger Sorgfaltsmaßstab bei Verwendung urheberrechtlich geschützter Werke (CAD-Software)
MMR 2009, 758 (Heft 11)

- **Klawitter, Christian**

Anm. zu BGH, Urt. v. 14.05.2009 - I ZR 98/06 - Abschöpfung von Verletzergewinnen in der Vertriebskette (Tripp-Trapp-Stuhl)
CR 2009, 705 (Heft 11)

- **Klett, Alexander R./Flechsich, Frederike B.**

Europäischer Leistungsschutz in den Grenzen des Binnenmarktes - Zur Schutzdauer der Rechte des Tonträgerherstellers im Lichte der Richtlinie 2006/116/EG
GRURInt 2009, 895 (Heft 11)

- **Labesius, Stefan**

Werkbegriff und Werkarten im novellierten Urheberrecht der Russischen Föderation
GRURInt 2009, 994 (Heft 12)

- **Laucken, Fabian/Oehler, Claas**

Fliegender Gerichtsstand mit gestutzten Flügeln? Ein Beitrag zur Auslegung von § 32 ZPO und der Beschränkbarkeit des deliktischen Gerichtsstands bei Urheberrechtsverletzungen im Internet
ZUM 2009, 824 (Heft 11)

- **Limper, Josef**

Anm. zu LG München I, Urt. v. 06.05.2009 - 21 O 5302/08 - Nutzungsrecht für Foto auf CD-Cover
ITRB 2009, 199 (Heft 9)

- **Löwenheim, Ulrich**

Anm. zu BGH, Urt. v. 22.01.2009 - I ZR 247/03 - Aufstellung von Möbeln in der Öffentlichkeit als Inverkehrbringen (LeCorbusier-Möbel II)
LMK 2009, 291790 (Ausgabe 11)

- **Lüghausen, Philip**

Anm. zu BGH, Urt. v. 22.04.2009 - I ZR 216/06 - Online Videorecorder (shift-tv)
CR 2009, 604 (Heft 9)

- **Mahmoudi, Yasmin**

Keine Künstlersozialabgabe für Werbeauftritte von Profisportlern
KUR 2009, 151 (Heft 5)

- **Marly, Jochen**

Anm. zu BGH, Urt. v. 30.04.2009 - I ZR 191/05 - Urheberrechtsschutz für Datenbankinhalte - Elektronischer Zolltarif
LMK 2009, 287727 (Ausgabe 9)

- **Mitsdörffer, Sven/Gutfleisch, Ulf**

„Geo-Sperren“ - wenn Videoportale ausländische Nutzer aussperren - Eine urheberrechtliche Betrachtung
MMR 2009, 731 (Heft 11)

- **Niemann, Fabian**

Shift der urheberrechtlichen Verwertungsrechte in der arbeitsteiligen digitalen Welt - Auswirkungen der BGH-Entscheidungen zu Online-Videorekordern (shift.tv, save.tv) auf Outsourcing, Virtualisierung und Web 2.0 Dienste
CR 2009, 661 (Heft 10)

- **Nordemann, Jan Bernd**

Neueinbindung von Büchern anderer Verlage - Urheberrecht, Preisbindungsrecht, Wettbewerbsrecht, Markenrecht
ZUM 2009, 809 (Heft 11)

- **Oechsler, Jürgen**

Die Idee als persönliche geistige Schöpfung - Von Fichtes Lehre vom Gedankeneigentum zum Schutz von Spielideen
GRUR 2009, 1101 (Heft 12)

- **Otten, Wolfgang**

Die auskunftsrechtliche Anordnung nach § 101 Abs. 9 UrhG in der gerichtlichen Praxis
GRUR-RR 2009, 369 (Heft 11)

- **Rössel, Markus**

Anm. zu OGH, Urt. v. 14.07.2009 - 4 Ob 41/09x - Kein urheberrechtlicher Auskunftsanspruch bzgl. IP-Adressen in Österreich
ITRB 2009, 246 (Heft 11)

- **Rössel, Markus**

Anm. zu BGH, Urt. v. 22.04.2009 - I ZR 216/06 - Weiterleitung von Fernsehprogrammen über Internet-Seite (Internet-Videorecorder)
NJW 2009, 3518 (Heft 48)

- **Saint André, Benedict von**

Anm. zu BGH, Urt. v. 14.05.2009 - I ZR 98/06 - Tripp-Trapp-Stuhl
Mitt. 2009, 474 (Heft 10)

- **Schneider, Jochen**

Rechnerspezifische Erschöpfung bei Software im Bundle ohne Datenträgerübergabe. Grundsätzliches zum Spannungsgflecht zwischen Erschöpfung, Vertragstyp und Nutzungsbeschränkung am Beispielfall des OLG Düsseldorf v. 29.06.2009 - I-20 U 247/08
CR 2009, 553 (Heft 9)

- **Scholz, Jochen**

Zum Fortbestand abgeleiteter Nutzungsrechte nach Wegfall der Hauptlizenz - Zugleich Anmerkung zu BGH „Reifen Progressiv“
GRUR 2009, 1107 (Heft 12)

- **Schulze, Gernot**

Schleichende Harmonisierung des urheberrechtlichen Werkbegriffs? - Anmerkung zu EuGH „Infopaq/DDF“
GRUR 2009, 1019

- **Stadler, Katrin**

Anm. zu OLG Köln, Urt. v. 27.02.2009 - 6 U 193/08 - Urheberrechtsschutz für AGB
ITRB 2009, 224 (Heft 10)

- **Stadler, Thomas**

Anm. zu BGH, Urt. v. 30.04.2009 - I ZR 191/05 - Verletzung von Datenbank-Rechten durch Entnahme und Vervielfältigung („Elektronischer Zollltarif“)
K&R 2009, 584 (Heft 9)

- **Ullmann, Loy**

Anm. zu OLG Brandenburg, Urt. v. 15.05.2009 - 6 U 37/08 - Teure Fotokopien
jurisPR-WettbR 10/2009 Anm. 4

- **Wendt, Jan**

Die Hinweispflicht auf Neuaufnahmen - Zugleich eine Übersicht über die bisherige Rechtsprechung zu sog. Re-Recordings
ZUM 2009, 835 (Heft 11)

- **Wolff, Christian**

Anm. zu LG Berlin, Urt. v. 14.11.2008 - 15 O 120/08 - Keine Haftung des Onlinebuchhändlers für Urheberrechtsverstoß des Autors
ITRB 2009, 200 (Heft 9)

III. MARKEN- UND KENZEICHENRECHT

- **Braitmayer, Sven-Erik**

Erinnerung oder Beschwerde? Wann hat man die Wahl?
MarkenR 2009, 436 (Heft 9)

- **Bu, Yuanshi**

Der Schutz von bekannten Marken in China
MarkenR 2009, 421 (Heft 9)

- **Dorigo, Lara**

Grenzen des Erschöpfungsgrundsatzes beim Verstoß gegen Lizenzverträge: markenrechtliche Verstärkung selektiver Vertriebssysteme für Luxuswaren
sic! 2009 (Heft 10)

- **Eichelberger, Jan**

Die rechtserhaltende Benutzung einer Marke durch eine ihrerseits eingetragene abgewandelte Benutzungsform im nationalen und im Gemeinschaftsmarkenrecht
WRP 2009, 1490 (Heft 12)

- **Ekey, Friedrich L.**

Der markenrechtliche Gebrauch im Spannungsfeld der Rechtsprechung des EuGH nach L'Oréal
MarkenR 2009, 475 (Heft 10)

- **Elsmore, Matthew J./Sørensen, Karsten Engsig**

Company Names and Company Mobility in the Internal Market: How to Balance the Interests of the Holders of Name Rights and the Freedom of Establishment?
European Business Law Review 2009, 851 (Heft 6)

- **Engels, Thomas**

Anm. zu LG Köln, Urt. v. 08.05.2009 - 81 O 220/08 - Rechtsverletzung durch Dispute-Eintrag (welle.de)
ITRB 2009, 196 (Heft 9)

- **Günther, Wolf**

Verfahrensbesonderheiten, Schutzzumfang von Schwarz-weiß-Eintragungen und Warenähnlichkeit bei Gemeinschaftsmarken -

Zugleich Anmerkung zu EuG, GRUR-RR 2009, 420 - LIBERO/LIBRO
GRUR-RR 2009, 409 (Heft 12)

- **Hackbarth, Ralf**

Anm. zu EuGH, Urt. v. 06.10.2009 - Rs. C-301/07 - Bekanntheit einer Gemeinschaftsmarke; Geografische Ausdehnung der Bekanntheit; Pago
BB 2009, 2450 (Heft 46)

- **Haertel, Alexander**

Italienischer Torpedo 2.0. Anmerkung zu LG Düsseldorf, Beschl. v. 17.03.2009 - 4b O 218/08 - (Italienischer Torpedo) und OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.07.2009 - I-2 W 35/09 - (Torpedo)
GRUR-RR 2009, 373 (Heft 11)

- **Jaconiah, Jacob**

The Requirements for Registration and Protection of Non-Traditional Marks in the European Union and in Tanzania
IIC 2009, 756 (Heft 7)

- **Jänich, Volker Michael**

Vorbenutzungsrechte im Markenrecht? Der Begriff der Bösgläubigkeit nach der Goldhase-Entscheidung des EuGH
MarkenR 2009, 469 (Heft 10)

- **Knitter, Margret**

Vertrieben aus dem Paradies - Anmerkung zu EuG, Urt. v. 08.07.2009 - T-28/08 - Form eines Schokoriegels
MarkenR 2009, 430 (Heft 9)

- **Ling, Peter**

Abweichung der internationalen Registrierung von der Basismarke: Das Spannungsfeld zwischen dem Schutzzumfang internationaler Marken und dem Schutz gutgläubiger Dritter
sic! 2009 (Heft 10)

- **Matthes, Jens/Liedtke, Christian W.**

Anm. zu BGH, Urt. v. 07.10.2009 - I ZR 109/06 - Haftung für Kennzeichenrechtsverletzungen durch so genannte Affiliates (Partnerprogramm)
GRUR 2009, 1172 (Heft 12)

- **Mühlendahl, Alexander v.**

Anm. zu OLG Köln, Urt. v. 20.05.2009 - 6 U 195/08 - Kennzeichnung von Nahrungsergänzungsmitteln
GRUR 2009, 960 (Heft 10)

- **Ohly, Ansgar**

Anm. zu BGH, Beschl. v. 22.01.2009 - I ZR 125/07 - Kennzeichen- und lauterkeitsrechtliche Grenzen des Keyword Advertising
JZ 2009, 858 (Heft 17)

- **Omsels, Hermann-Josef**

Überlegungen zu einer Reform des Rechts der geografischen Herkunftsangaben in Deutschland
GRURInt 2009, 971 (Heft 12)

- **Omsels, Hermann-Josef**

Anm. zu EuGH, Urteil vom 08.09.2009 | C-478/07 - Zum Schutz geographischer Herkunftsangaben für Lebensmittel und Agrarerzeugnisse
jurisPR-WettbR 10/2009 Anm. 1

- **Petry, Jens/Schilling, Dorothea**

Der Schadensersatzanspruch des Lizenznehmers im Markenrecht
WRP 2009, 1197 (Heft 10)

- **Pfister, Alexander**

Die Absatzmittler als relevanter Verkehrskreis im Markeneintragungsverfahren
sic! 2009 (Heft 10)

- **Sendrowski, Heiko**

Rechtssicherheit im Zeichen der „Burg Lisingen“
GRUR 2009, 1112 (Heft 12)

- **Sosnitza, Olaf**

Von der Verwechslungsgefahr zum Rufschutz im Markenrecht der Vereinigten Staaten
RIW 2009, 685 (Heft 10)

- **Töbelmann, Valeska**

Mehr Rechtssicherheit für Markenmelder - Anmerkung zu EuGH „SCHWABENPOST“
GRUR 2009, 1007 (Heft 11)

- **Weber, Nils/Jonas, Kay/Uwe Hackbarth, Ralf/Donle, Christian**

Der Schutz großer Sportereignisse und darauf bezogener kommerzieller Maßnahmen durch Marken und andere IP-Rechte (Q210)
GRURInt 2009, 839 (Heft 10)

- **Welzel, Stephan**

Anm. zu AG Frankfurt, Urt. v. 26.01.2009 - 32 C 1317/08-22 - greencard-select.de
MMR 2009, 710 (Heft 10)

- **Wirtz, Martin**

Aktuelles aus dem Markenrecht
Mitt. 2009, 494 (Heft 11)

IV. WETTBEWERBSRECHT

- **Axmann, Mario/Deister, Jochen**

„Spezialist für Alles“ - Grenzen der werblichen Selbsteinschätzung von Anwälten
NJW 2009, 3352 (Heft 46)

- **Berlit, Wolfgang**

Anm. zu BGH, Urt. v. 16.07.2009 - I ZR 56/07 - Ausspähen als Behinderungswettbewerb (Betriebsbeobachtung)
LMK 2009, 293018 (Ausgabe 11)

- **Berlit, Wolfgang**

Gewinnspiel im Einzelhandel: Stornierung des Kassenbons
WRP 2009, 1188 (Heft 10)

- **Beyerlein, Thorsten**

Anm. zu BGH, Urt. v. 26.02.2009 - I ZR 219/06 - Irreführende Werbung unter Verwendung eines Zeichens mit dem Zusatz (R) ohne Berechtigung („Thermoroll“)
EWiR 2009, 625 (Heft 19); § 5 UWG 1/09

- **Brammsen, Joerg/Apel, Simon**

Die „Anschwärzung“, § 4 Nr. 8 UWG
WRP 2009, 1464 (Heft 12)

- **Brennecke, Carsten**

Anm. zu OLG Hamm, Urt. v. 28.04.2009 - 4 U 216/08 - Rechtsmissbräuchliche Abmahnung
ITRB 2009, 202 (Heft 9)

- **Buchmann, Felix**

Anm. zu BGH, Urt. v. 26.02.2009 - I ZR 163/06 - Verpflichtung zur Grundpreisangabe im Internet („Dr. Clauder's Hufpflege“)
K&R 2009, 653 (Heft 10)

- **Ernst, Stefan**

Anm. zu LG Essen, Urt. v. 26.03.2009 | 4 O 69/09 - Kampf dem „Schwarzhandel“?
jurisPR-WettbR 9/2009 Anm. 2

- **Ernst, Stefan**

Anm. zu BGH, Beschl. v. 20.05.2009 - I ZR 218/07 - Eingriff in den Gewerbebetrieb: Einmalige Zusendung einer E-Mail mit Werbung - Einmal ist nicht keinmal („E-Mail-Werbung II“)

jurisPR-WettbR 10/2009 Anm. 3

- **Ernst, Stefan**

Die Einwilligung in belästigende telekommunikative Werbung nach neuer Rechtslage in UWG und BDSG
WRP 2009, 1455 (Heft 12)

- **Geisler, Herbert**

Anm. zu BGH, Urt. v. 02.07.2009 - I ZR 146/07 - Vollstreckungsabwehrklage gegen einen rechtskräftigen Unterlassungstitel wegen Rechtsprechungsänderung („Menschlicher weis“)
jurisPR-BGHZivilR 21/2009 Anm. 3

- **Joseph Fesenmair**

Mit den Hartplatzhelden zu einem wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz für die Veranstalter von Sportevents? - Zugleich Besprechung von OLG Stuttgart, NJOZ 2009, 3400 = MMR 2009, 395
NJOZ 2009, 3673 (Heft 42)

- **Fezer, Karl-Heinz**

Der Dualismus der Lauterkeitsrechtsordnungen des b2c-Geschäftsverkehrs und des b2b-Geschäftsverkehrs im UWG
WRP 2009, 1163 (Heft 10)

- **Fischl, Thomas**

Anm. zu OLG Hamburg, Urt. v. 28.05.2009 - 3 U 191/08 - Onlinehandel mit Flugtickets durch Reiseportal
ITRB 2009, 220 (Heft 10)

- **Fountoulakis, Christiana**

Tupperware-Parties und Co. - die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Vertriebs unter Einsatz von Laien
GRURInt 2009, 979 (Heft 12)

- **Glöckner, Jochen**

Der gegenständliche Anwendungsbereich des Lauterkeitsrechts nach der UWG-Novelle 2008 - ein Paradigmenwechsel mit Folgen
WRP 2009, 1175 (Heft 10)

- **Hecht, Florian/Kockentiedt, Florian**

Wettbewerbsrechtlicher Schutz von Online-Games gegen Cheatbots
CR 2009, 719 (Heft 11)

- **Hecker, Manfred**

Neue Regeln gegen unerlaubte Telefonwerbung
K&R 2009, 601 (Heft 10)

- **Jung, Ingo**

Anm. zu BGH, Urt. v. 30.04.2009 - I ZR 66/07 - Räumungsverkauf wegen Umbaus
BB 2009, 2618 (Heft 49)

- **Kiethe, Kurt/Groeschke, Peer**

Erweiterung des Markenschutzes vor Verwechslungen durch das neue Lauterkeitsrecht
WRP 2009, 1343 (Heft 11)

- **Kunczik, Niclas**

Anm. zu LG Köln, Urt. v. 16.06.2009 - 33 O 374/08 - Nachahmungsschutz des „Look & Feel“ einer Webseite, facebook vs. studiVZ
ITRB 2009, 222 (Heft 10)

- **Lamberti, Andrea/Wendel, Dominik**

Verkäufe außerhalb von Vertriebsbindungssystemen - Bringt die UWG Reform neue Handlungsmöglichkeiten gegen „Außen-seiter“?
WRP 2009, 1479 (Heft 12)

- **Lettl, Tobias**

Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 UWG n.F.
WRP 2009, 1315 (Heft 11)

- **Liesching, Marc**

Anm. zu VG Düsseldorf, Beschl. v. 15.07.2009 - 27 L 415/09 - Linkbanner auf 50 Cent-Gewinnspiel als Glücksspielwerbung
MMR 2009, 718 (Heft 10)

- **Mankowski, Peter**

Anm. zu AG Mitte, Urt. v. 07.08.2009 - 15 C 423/08 - Klingelton-Abo
MMR 2009, 784 (Heft 11)

- **Nassall, Wendt**

Anm. zu BGH, Urt. v. 02.04.2009 - I ZR 199/06 - Voraussetzungen ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes im Falle einer „optimalen Kombination technischer Merkmale“ zur Gestaltung eines Werkzeuges („Ausbeinmesser“)
jurisPR-BGHZivilR 21/2009 Anm. 4

- **Nassall, Wendt**

Anm. zu BGH, Urt. v. 16.07.2009 - I ZR 56/07 - Keine unlautere Behinderung eines Mitbewerbers durch Observation seines Betriebsgeländes („Betriebsbeobachtung“)

jurisPR-BGHZivilR 22/2009 Anm. 3

- **Nassall, Wendt**

Anm. zu BGH, Urt. v. 02.07.2009 - I ZR 147/06 - Sittenwidrigkeit eines Gewinnspiels mit Unternehmen („Winteraktion“)
jurisPR-BGHZivilR 23/2009 Anm. 3

- **Pauli, Dirk**

Die Einwilligung in Telefonwerbung per AGB bei der Gewinnspielteilnahme - Trotz verschärfter Gesetze ein „Lichtblick“ für werbende Unternehmen
WRP 2009, 1192 (Heft 10)

- **Plath, Kai-Uwe/Frey, Anna**

Telefonwerbung nach dem Cold-Calling Gesetz - Handlungsempfehlungen für die Wirtschaft
ITRB 2009, 227 (Heft 10)

- **Rohnke, Christian**

Anm. zu BGH, Urt. v. 02.04.2009 - I ZR 144/06 - Unterscheidung zwischen Hersteller- und Handelsmarkenangaben bei Herkunftstäuschung (Knoblauchwürste)
GRUR 2009, 1072 (Heft 11)

- **Sack, Rolf**

Individualschutz gegen unlauteren Wettbewerb
WRP 2009, 1330 (Heft 11)

- **Scherer, Inge**

Das Verhältnis des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes nach § 4 Nr. 9 UWG zur europarechtlichen Vollharmonisierung der irreführenden oder vergleichenden Werbung
WRP 2009, 1446 (Heft 12)

- **Seichter, Dirk**

Anm. zu BGH, Urt. v. 22.01.2009 - I ZR 31/06 - Keine unangemessene unsachliche Beeinflussung durch Werbung mit Gratis-einkäufen („Jeder 100. Einkauf gratis“)
jurisPR-WettbR 9/2009 Anm. 1

- **Seichter, Dirk**

Anm. zu BGH, Urt. v. 11.03.2009 - I ZR 194/06 - Umfang gebotener Information bei Fernsehwerbung („Geld-zurück-Garantie II“)
jurisPR-WettbR 11/2009 Anm. 5

- **Solmecke, Christian/Dierking, Laura**

Die Rechtsmissbräuchlichkeit von Abmahnungen

MMR 2009, 727 (Heft 11)

- **Tüngler, Stefan/Ruess, Peter**

In welchem Verhältnis stehen die Schutzvorschriften des AGB-Rechts zu den Bestimmungen des UWG? Eine Untersuchung am Beispiel von Preisanpassungsklauseln in Energielieferungsverträgen
WRP 2009, 1336 (Heft 11)

- **Ullmann, Eike**

Anm. zu BGH, Urteil vom 02.04.2009 - I ZR 199/06 - Wettbewerbsrechtlicher Schutz für freien Stand der Technik? („Ausbeinmesser“)
jurisPR-WettbR 10/2009 Anm. 2

- **Ullmann, Eike**

Anm. zu BGH, Urt. v. 02.04.2009 - I ZR 144/06 - Händlermarke hebt Herstellertäuschung nicht auf („Knoblauchwürste“)
jurisPR-WettbR 11/2009 Anm. 4

- **Ungern-Sternberg, Joachim v.**

Grundfragen des Streitgegenstands bei wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsklagen (Teil 1)
GRUR 2009, 901 (Heft 10)

- **Ungern-Sternberg, Joachim v.**

Grundfragen des Streitgegenstands bei wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsklagen (Teil 2)
GRUR 2009, 1009 (Heft 11)

V. KARTELLRECHT

- **Alexander, Christian**

Ist die Buchpreisbindung gemeinschaftsrechtswidrig? Zur Vereinbarkeit der gesetzlichen Buchpreisbindung mit dem Gemeinschaftskartellrecht und den Grundfreiheiten
AfP 2009, 335 (Heft 4)

- **Antenbrink, Fabian/De Haan, Jakob**

Regulating Credit Ratings in the European Union: A Critical First Assessment of Regulation 1060/2009 on Credit Rating Agencies' (2009)
Common Market Law Review 2009, 1915 (Heft 6)

- **Ballesteros, Iratxe Gurpegui/Szarka, Agnes**

Predatory pricing in the telecoms sector: the ECJ rules on the issue of recouping losses

Competition Policy Newsletter Ausgabe 02/2009

- **Baron, Michael**

Vollzugsverbot ohne Fusionskontrolle? Eine missglückte Fortbildung des GWB
WuW 2009, 908 (Heft 9)

- **Barth, Christoph/Budde, Stefanie**

Ausgewählte Probleme der Ahndung von Verstößen gegen das Kartellverbot nach deutschem Recht
WRP 2009, 1357 (Heft 11)

- **Bergmann, Alfred**

Anm. zu BGH, Beschl. v. 11.11.2008 - KVR 17/08 - Keine unbillige Behinderung eines Franchisenehmers durch Bezugsbindung an den Franchisegeber bei nicht vollständiger Weitergabe von dessen Einkaufsvorteilen („Bau und Hobby“)
jurisPR-WettbR 9/2009 Anm. 3

- **Bergmann, Alfred**

Anm. zu EuGH, Urt. v. 16.07.2009 - C-385/07 P - Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch die „Duales System Deutschland GmbH“
jurisPR-WettbR 11/2009 Anm. 1

- **Boccaccio, Marco/Bruzzone, Ginevra**

Impact-Based Assessment and Use of Legal Presumptions in EC Competition Law: The Search for the Proper Mix
World Competition 2009, 465 (Heft 4)

- **Boscheck, Ralf**

The EU's Third Internal Energy Market Legislative Package: Victory of Politics over Economic Rationality?
World Competition 2009, 593 (Heft 4)

- **Botta, Marco**

Fostering Competition Culture in the Emerging Economies: The Brazilian Experience
World Competition 2009, 609 (Heft 4)

- **Brandi-Dohrn, Matthias**

Welche kartellrechtlichen Regeln gelten für den vertikalen FuE-Auftrag?
WRP 2009, 1348 (Heft 11)

- **Bredt, Stephan**

Zivilgerichtliche Prüfung von Eisenbahninfrastrukturnutzungsentgelten
N&R 2009, 235 (Heft 4)

- **de Bronett, Georg-Klaus**
Gemeinschaftsrechtliche Anmerkungen zum „Orange-Book-Standard“-Urteil des BGH
WuW 2009, 899 (Heft 9)
- **Büdenbender, Ulrich**
Die neue Rechtsprechung des BGH zu Preisanpassungsklauseln in Energielieferungsverträgen
NJW 2009, 3125 (Heft 43)
- **Castillo de la Torre, Fernando**
Evidence, Proof and Judicial Review in Cartel Cases
World Competition 2009, 505 (Heft 4)
- **Däuper, Olaf**
Aller guten Dinge sind drei? Die Weiterentwicklung des energiewirtschaftlichen Regulierungsrahmens durch das dritte E-GEnergiepaket
N&R 2009, 214 (Heft 4)
- **Deichfuß, Hermann**
Anm. zu BGH, Beschl. v. 07.04.2009 - KVR 34/08 - Beiladung zum Kartellverfahren nur bei rechtzeitigem Antrag („Versicherungsgemeinschaft“)
jurisPR-WettbR 11/2009 Anm. 2
- **Dittrich, Johannes**
Relikt eines eigenständigen nationalen Kartellrechts - die Freistellung für „Mittelstandskartelle“ gem. § 3 GWB
WuW 2009, 1006 (Heft 10)
- **Do, Kim Them**
The Perspectives of International Cooperation in Competition Law and Policy
ZWeR 2009, 289 (Heft 3)
- **Dreher, Meinrad**
Anm. zu BGH, Beschl. v. 10.02.2009 - KVR 67/07 - Höchstlaufzeiten für gesamtbedarfsdeckende Gaslieferverträge; „Gaslieferverträge“
EWiR 2009, 717 (Heft 22); § 1 GWB 1/09
- **Emch, Adrian**
Das chinesische Antimonopolgesetz in der Praxis
sic! 2009 (Heft 12)
- **Engelhoven, Peter/Philipp Fuhlrott, Michael**
Anm. zu BVerfG, Beschl. v. 18.05.2009 - 1 BvR 1731/05 - Keine Grundrechtsfähigkeit von mehrheitlich von der öffentlichen Hand beherrschten Stromversorgungsunternehmen in Privatrechtsform
EWiR 2009, 609 (Heft 19); § 63 GWB 1/09
- **Forest, Dominique/Vaigauskaite, Dovile**
EC competition policy in the payments area: new developments in MIFs for cards and SEPA direct debit
Competition Policy Newsletter Ausgabe 02/2009
- **Franck, Jens-Uwe**
Verbot der Aufrechnung gegen Forderungen auf Kartellschadensersatz
BB 2009, 1935 (Heft 37)
- **Frenz, Walter**
Landesabfallwirtschaftsplan für Siedlungsabfälle und Wettbewerb
WRP 2009, 1215 (Heft 10)
- **Freund, Heinz-Joachim**
Verteidigungsrechte im kartellrechtlichen Bußgeldverfahren - Zu den Urteilen ADM, Bolloré und Akzo Nobel des Gerichtshofs
EuZW 2009, 839 (Heft 23)
- **Gatti, John**
Mergers: main developments between 1 January and 30 April 2009
Competition Policy Newsletter Ausgabe 02/2009
- **Gatti, John**
Article 11(3) Decisions - the Commission's Discretion - Analysis of the Judgment of the Court of First Instance in case T-145/06 Omya v Commission
Competition Policy Newsletter Ausgabe 02/2009
- **Giesler, Jan Patrick/Güntzel, Volker**
Anm. zu BGH, Beschl. v. 11.11.2008 - KVR 17/08 - Keine unbillige Behinderung des Franchisenehmers bei Nichtweitergabe von Einkaufsvorteilen kombiniert mit Bezugsbindung („Bau und Hobby“)
EWiR 2009, 541 (Heft 17); § 20 GWB, 1/09

- **Glöckner, Jochen**

Missbrauchskontrolle im EG-Kartellrecht nach den „Erläuterungen“ der Kommission und der Europäischen Rechtsprechung - „Guidance.... what guidance?“
EWS 2009, 401 (Heft 10)

Greenaway, Sean/Jakab, Erika/Johansson, Dag/Kundan, Jasmin

Recent Commission Merger Control Decisions in the Pharmaceutical Sector: Sanofi-Aventis/Zentiva and Teva/Barr
Competition Policy Newsletter Ausgabe 02/2009

- **Grimes, Warren S.**

US Supreme Court Rejects Price Squeeze Claim: A High Point for Divergence Between US and European Law?
ZWeR 2009, 343 (Heft 3)

- **Haasteren, Augustijn Van**

The judgments in the Nintendo case
Competition Policy Newsletter Ausgabe 02/2009

- **Haus, Florian C.**

Neues zur Preis-Kosten-Schere in regulierten Industrien, die Entscheidung des US Supreme Court in Fall AT&T v. Linkline
ZWeR 2009, 356 (Heft 3)

- **Heise, Michael**

Der Rechtsrahmen der Netzwirtschaften: Kartellrechtliche Sicherstellung des Netzzugangs?
WuW 2009, 1024 (Heft 10)

- **Henschen, Horst/Koch, Stefan**

Absolutheitsanspruch in der Fusionskontrolle - Keine Wettbewerbsbeteiligung ohne Segen des Kartellamts?
WuW 2009, 1127 (Heft 11)

- **Herrlinger, Justus/Kahlert, Heiner**

Strukturkrisenkartelle als zulässige Reaktion auf die Wirtschafts- und Finanzkrise?
BB 2009, 1930 (Heft 37)

- **Hötte, Daniel Antonius**

Anm. zu BGH, Urt. v. 06.05.2009 - KZR 39/06 - Zulässigkeit des kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwands (Orange-Book-Standard)
MMR 2009, 689 (Heft 10)

- **Immenga, Frank**

Anm. zu OLG München, Urt. v. 02.07.2009 - U (K) 4842/08 - Zur Kundenkreisbeschränkung nach der Vertikal-GVO durch Ausschluss des Vertriebs über Internet-Auktionsplattformen
BB 2009, 2562 (Heft 48)

- **Inotai, András G./Ryan, Stephen**

Improving the effectiveness of competition agencies around the world - a summary of recent developments in the context of the International Competition Network
Competition Policy Newsletter Ausgabe 02/2009

- **Jenny, Frédéric**

The Economic and Financial Crisis, Regulation and Competition
World Competition 2009, 449 (Heft 4)

- **Keßler, Jürgen**

Wettbewerbsbeschränkende Abreden in Gesellschaftsverträgen im Lichte von § 1 GWB und Art. 81 EGV - eine methodische und rechtdogmatische Betrachtung
WRP 2009, 1208 (Heft 10)

- **Koch, Jens**

Kartellgehilfen als Sanktionsadressaten
ZWeR 2009, 370 (Heft 3)

- **Koch, Oliver/Nagy, Károly/Pucinskaite-Kubik, Ingrida/Tretton, Walter**

The RWE gas foreclosure case: Another energy network divestiture to address foreclosure concerns
Competition Policy Newsletter Ausgabe 02/2009

- **Koenig, Christian**

Marktmachtmissbrauch durch Monopolversagen - der Urteilsklassiker Höfner und Elser als Bedrohung der letzten öffentlichen Dinosaurier
EWS 2009, 391 (Heft 10)

- **Körber, Torsten**

Kartellrecht in der Krise
WuW 2009, 873 (Heft 9)

- **Körber, Torsten**

Sektorspezifische Rundfunkregulierung oder „Wettbewerb 2.0“?
ZWeR 2009, 315 (Heft 3)

- **Körber, Torsten/Fricke, Norman**
Abschied vom Konzept eines „einheitlichen Wärmemarktes“?
N&R 2009, 222 (Heft 4)
- **Lotze, Andreas/Reinhardt, Michael**
Die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle bei Wasserpreisen - Anforderungen und Grenzen aus verfassungsrechtlicher, kartellrechtlicher und umweltverwaltungsrechtlicher Sicht
NJW 2009, 3273 (Heft 45)
- **Luebking, Johannes/Ohrlander, Peter**
The Joint Venture SonyBMG: final ruling by the European Court of Justice
Competition Policy Newsletter Ausgabe 02/2009
- **Mäger, Thorsten/Zimmer, Daniel J./Milde, Sarah**
Konflikt zwischen öffentlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung - Zum Schutz der Vertraulichkeit von Kronzeugenanträgen an das Bundeskartellamt
WuW 2009, 885 (Heft 9)
- **Malkawi, Bashar H.**
Disciplining the Oil Cartel: Limits of the WTO in a Case against the Organization of Petroleum Exporting Countries
European Business Law Review 2009, 931 (Heft 6)
- **Mao, Xiaofei/Glass, Tobias**
Das Antimonopolgesetz der Volksrepublik China in seinem ersten Jahr - Die jüngste Rechtspraxis in der Fusionskontrolle
WuW 2009, 1036 (Heft 10)
- **Markert, Kurt**
Die Anwendung des deutschen und europäischen Kartellrechts und der zivilrechtlichen Preiskontrolle nach §§ 307, 315 BGB im Strom- und Gassektor in zweiten Jahrzehnt der Marktliberalisierung
ZNER 2009, 193 (Heft 3)
- **Möllers, Thomas M. J.**
Regulierung von Ratingagenturen. Das neue europäische und amerikanische Recht - Wichtige Schritte oder viel Lärm um Nichts?
JZ 2009, 861 (Heft 18)
- **Möschel, Wernhard**
Der Missbrauch marktbeherrschender Stellungen nach Art. 82 EG-Vertrag und der „More Economic Approach“
JZ 2009, 1040 (Heft 20)
- **Murach, Jens-Olrik**
Anm. zu BGH, Urt. v. 23.06.2009 - KZR 21/08 - Missbräuchliche Preisspaltung durch unterschiedliche Konzerngesellschaften („Entega“)
GWR 2009, 354 (Heft 14)
- **Nassall, Wendt**
Anm. zu BGH, Urt. v. 23.06.2009 - KZR 21/08 - Voraussetzungen der Inanspruchnahme eines „abhängigen“ Gasversorgers wegen missbräuchlicher Preisgestaltung („Entega“)
jurisPR-BGHZivilR 23/2009 Anm. 4
- **Nassall, Wendt**
Anm. zu BGH, Urteil vom 23.06.2009 - KZR 58/07 - Voraussetzungen der kartellrechtlichen Unbedenklichkeit eines gesellschaftsvertraglichen Wettbewerbsverbots („Gratiszeitung Hallo“)
jurisPR-BGHZivilR 25/2009 Anm. 5
- **Petit, Nicolas**
From Formalism to Effects? The Commission's Communication on Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC
World Competition 2009, 485 (Heft 4)
- **Pino, Maurits**
The Marine Hoses cartel
Competition Policy Newsletter Ausgabe 02/2009
- **Podszun, Rupprecht**
Anm. zu EuGH, Urt. v. 10.09.2009 - C-97/08 P - Verschärfte Haftung im Konzern bei Kartellrechtsverstößen
GWR 2009, 353 (Heft 14)
- **Rakovsky, Claude/Godhino de Matos, Manuel/Kopke, Alexander/Ohrlander, Peter/Shiels, Paul**
EC Merger Regulation contributes to more efficient merger control in EU
Competition Policy Newsletter Ausgabe 02/2009
- **Rösler, Hannes**
Kartellrecht im Mediensektor - Strukturen und Perspektiven
WuW 2009, 1014 (Heft 10)

- **Roggenkamp, Jan Dirk**

Anm. zu BGH, Urt. v. 23.06.2009 - VI ZR 196/08 - Zulässigkeit von Bewertungsforen im Internet („spickmich.de“)
K&R 2009, 571 (Heft 9)

- **Rottbauer, Achim E.**

Anm. zu BGH, Beschl. v. 11.11.2008 - KVR 60/07 - Fusionskontrolle, Oligopol, Strommarktsegment, Amtsermittlung, „E.ON, Stadtwerke Eschwege“
EWiR 2009, 577 (Heft 18); § 19 GWB, 1/09

- **Schmidt, Jens Peter/Koyuncu, Adem**

Kartellrechtliche Compliance-Anforderungen an den Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern
BB 2009, 2551 (Heft 48)

- **Schnydrig, Andrin**

Should Defensive Measures in Takeover Settings be Permitted or Prohibited by Law? An Analysis of the Approach Adopted by U.S. Law, U.K. Law, and Swiss Law in Light of the Economic Rationale of Takeovers
European Business Law Review 2009, 909 (Heft 6)

- **Schütz, Raimund**

Wider das Vergessen: Wettbewerbsrichtlinie verhindert E-Health-Monopol - Innovation & Konvergenz
MMR 2009, 666 (Heft 10)

- **Schultze, Jörg-Martin/Pautke, Stephanie/Wagener, Dominique**

Wasserstandsmeldung aus Brüssel: Änderungsvorschläge der EUKommission zur Vertikal-GVO für 2010
BB 2009, 2266 (Heft 43)

- **Schulz, Robert**

EU-Kommission oder Bundeskartellamt - Skylla und Charybdis in der Fusionskontrolle?
GWR 2009, 339 (Heft 14)

- **Sinclair, Ailsa/Juknevičute, Vita/Breit, Ingrid**

Regulation 1/2003: How has this landmark reform worked in practice?
Competition Policy Newsletter Ausgabe 02/2009

- **Sonder, Nicolas**

Staatliche Abwehrfusionen auf dem Prüfstand des EG-Vertrags
ZEuS 2009, 379 (Heft 3)

- **Spieker, Oliver**

Anm. zu OLG München, Urt. v. 02.07.2009 - U (K) 4842/08 - Kartellrechtliche Zulässigkeit des Weitervertriebsverbots über Auktionsplattformen (Sportartikel)
GRUR-RR 2009, 396 (Heft 11)

- **Stork, Florian**

Das novellierte Außenwirtschaftsrecht - aus Sicht des Kartellrechts
EWS 2009, 454 (Heft 11)

- **Wagner-von Papp, Florian**

Der Richtlinienentwurf zu kartellrechtlichen Schadensersatzklagen
EWS 2009, 445 (Heft 11)

- **Werner, Philipp/Sachse, Anna**

Zur nachträglichen Anmeldung von Zusammenschlüssen nach dem GWB
WuW 2009, 1138 (Heft 11)

- **Weyers, Ulrike**

Der Anwendungsbereich des Werksbahnprivilegs - Muss jedes Eisenbahninfrastrukturunternehmen Zugang zu seiner Eisenbahninfrastruktur gewähren?
N&R 2009, 241 (Heft 4)

- **Wilhelmi, Rüdiger**

Lizenzverweigerung als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in der Gemeinschaftsrechtsprechung - Von Volvo über Magill zu IMS Health - und Microsoft?
WRP 2009, 1431 (Heft 12)

- **Zäch, Roger/Künzler, Adrian**

Efficiency or freedom to compete? Towards an axiomatic theory of competition law
ZWeR 2009, 269 (Heft 3)

VI. SONSTIGES

- **Albrecht, Martin von**

Anm. zu LG München I, Urt. v. 25.06.2009 - 7 O 4139/08 - Aufspaltung des Online-Nutzungsrechts unzulässig
K&R 2009, 661 (Heft 10)

- **Bassewitz, Katharina von**

Anm. zu OLG Hamburg, Urt. v. 09.12.2008 - 7 U 12/08 - Berichterstattung mit Frage-

zeichen - Eine mit Vorsicht zu genießende Äußerungskategorie?

jurisPR-WettbR 9/2009 Anm. 4

- **Beck, Susanne**

Internetbeleidigung de lege lata und de lege ferenda – Strafrechtliche Aspekte des „spickmich“-Urteils
MMR 2009, 736 (Heft 11)

- **Berger, Ernst Georg/Sassenberg, Thomas**

Der Lizenzübergang nach TKG 1996 - Wie ein aktuelles Eilverfahren die Behördenpraxis des Lizenzreferats der BNetzA auf den Kopf stellt
CR 2009, 707 (Heft 11)

- **Bolay, Stefan**

Glücksspiel, Glücksspiel oder doch Gewinnspiel? Einheitlichkeit zwischen straf- und Glücksspielstaatsvertraglichem Gewinnspielbegriff
MMR 2009, 669 (Heft 10)

- **Bu, Yuanshi**

Die Rolle des Registers im Rechtsverkehr mit Immaterialgüterrechten in China
GRURInt 2009, 986 (Heft 12)

- **Büteröwe, Volker**

Wettbewerbsverbote vor und während der Insolvenz - ein Kurzüberblick
GWR 2009, 288 (Heft 12)

- **Deutsch, Askan**

Die Zulässigkeit des so genannten „Screen-Scraping“ im Bereich der Online-Flugvermittler
GRUR 2009, 1027 (Heft 11)

- **Dieselhorst, Jochen**

Anm. zu BGH, Urt. v. 05.02.2009 - I ZR 119/06 – Weisungswidrige Voreinstellung eines Telekommunikationsanschlusses
ITRB 2009, 248 (Heft 11)

- **Emmerich, Volker**

Anm. zu BGH, Urt. v. 11.09.2008 - I ZR 74/06 - Verbot der Weiterveräußerung von Eintrittskarten durch AGB
JuS 2009, 1064 (Heft 11)

- **Engels, Thomas**

Anm. zu OLG Zweibrücken, Urt. v. 14.05.2009 - 4 U 139/08 - Haftung für Fotocommunity
ITRB 2009, 198 (Heft 9)

- **Geisler, Herbert**

Anm. zu BGH, Urt. v. 11.03.2009 - I ZR 8/07 - Schutz des Persönlichkeitsrechts bei Bildveröffentlichung ohne erkennbaren Informationswert – fiktive Lizenzgebühr für Günther Jauch
jurisPR-BGHZivilR 19/2009 Anm. 1

- **Gomille, Christian**

Prangerwirkung und Manipulationsgefahr bei Bewertungsforen im Internet
ZUM 2009, 815 (Heft 11)

- **Gostomzyk, Tobias**

Anm. zu BGH, Versäumnisurt. v. 26.05.2009 - VI ZR 191/08 - Zulässige Persönlichkeitsdarstellung in Spielfilm („Kannibale von Rotenburg“)
NJW 2009, 3579 (Heft 49)

- **Graef, Ralph Oliver**

Anm. zu BGH, Urt. v. 23.06.2009 - VI ZR 196/08 - Lehrerbewertung in einem Schülerportal („spickmich.de“)
ZUM 2009, 759 (Heft 10)

- **Haft, Klaus/Hacker, Franz/Baumgärtel, Gunnar/Grabienski, Katja/Grabinski, Klaus/Heusch, Clemens August/Joachim, Björn/Kefferpütz, Martin/Kühnen, Thomas/Lunze, Anja**

Grenzbeschlagnahme und andere Eingriffsmöglichkeiten der Zollbehörden gegen Verletzer (Q208)
GRURInt 2009, 826 (Heft 10)

- **Hilty, Reto M.**

Rationales for the Legal Protection of Intangible Goods and Cultural Heritage
IIC 2009, 883 (Heft 8)

- **Hölk, Astrid**

Von Finanzministern, Zigarettenschachteln und Rätselheften - Aktuelle BGH-Rechtsprechung über Werbung mit Prominenten ohne deren Einwilligung
WRP 2009, 1201 (Heft 10)

- **Hoecht, Julia**

Anm. zu OLG Hamburg, Urt. v. 10.03.2009 - 7 U 64/08 - Persönlichkeitsrechtsverletzung durch Artikel in Onlinearchiv
ZUM 2009, 860 (Heft 11)

- **Hüsch, Moritz**
Anm. zu OLG Koblenz, Urt. v. 23.04.2009 - 6 U 730/08 - Störerhaftung des Admin-C bei Domaingrabbing
ITRB 2009, 201 (Heft 9)
- **Intveen, Michael**
Softwarelizenzmanagement im Konzern
ITRB 2009, 237 (Heft 10)
- **Intveen, Carsten**
Anm. zu OLG Köln, Urt. v. 05.06.2009 - 6 U 223/08 - Unzulässiges Flatrate-Sharing
ITRB 2009, 247 (Heft 11)
- **Knauer, Florian**
Neue juristische Publikationsformate im Internet - Stand, Perspektiven und Auswirkungen von Open Access, Wikis, Blogs, Twittern und Podcasts
NJOZ 2009, 3004 (Heft 35)
- **Kulow, Arnd-Christian**
Die Spickmich-Entscheidung des BGH: roma locuta / causa infinita
K&R 2009, 678 (Heft 11)
- **Ladeur, Karl-Heinz**
Anm. zu BGH, Urt. v. 23.06.2009 - VI ZR 196/08 - Lehrerbewertungen im Rahmen eines Internetportals
JZ 2009, 966 (Heft 19)
- **Liesching, Marc**
Anm. zu VG Berlin, Beschl. v. 17.08.2009 - VG 4 L 274.09 - Gewerbeerlaubnis für Internet-Gewinnspiel
MMR 2009, 795 (Heft 11)
- **Lipus, Sonja Andrea**
Die Fragmentierung geistigen Eigentums an kulturellen Gütern und Dienstleistungen - Ein Hindernis für die erfolgreiche Vermarktung europäischer Kulturgüter
sic! 2009, 834 (Heft 11)
- **Mantz, Reto**
Anm. zu OLG Köln, Urt. v. 05.06.2009 - 6 U 223/08 - Mitbenutzung fremder Internetzugänge über WLAN im Tausch zwischen Internetnutzern
MMR 2009, 697 (Heft 10)
- **Meier-Greve, Daniel**
Vorstandshaftung wegen mangelhafter Corporate Compliance
BB 2009, 2555 (Heft 48)
- **Metzger, Axel/Barudi, Malek**
Open Source in der Insolvenz - Die wichtigen Konsequenzen einer Insolvenz des Lizenzgebers im Überblick
CR 2009, 557 (Heft 9)
- **Mühlberger, Sven J.**
Die Haftung des Internetanschlusshabers bei Filesharing-Konstellationen nach den Grundsätzen der Störerhaftung
GRUR 2009, 1022 (Heft 11)
- **Olenhusen, Albrecht Götz von**
Anm. zu BAG, Urt. v. 17.02.2009 - 9 AZR 611/07 - Anspruch auf Wiederholungsvergütung einer arbeitnehmerähnlichen Person
ZUM 2009, 889 (Heft 11)
- **Reber, Ulrich**
Anm. zu BGH, Urt. v. 26.03.2009 - I ZR 153/06 - Auswirkungen des Rückrufs der Nutzungsrechte (Reifen Progressiv)
ZUM 2009, 855 (Heft 11)
- **Reinholz, Fabian/Schätzle, Daniel**
Domainrecht - eine Bilanz der Rechtsprechung aus den Jahren 2008/2009
K&R 2009, 606 (Heft 10)
- **Renner, Cornelius/Schmidt, André**
Unterlassung von Handlungen Dritter? - Die Erfolgshaftung im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR 2009, 908 (Heft 10)
- **Robak, Markus**
Von „Esra“ zu „Rohtenburg“ - Zu den Auswirkungen der „Esra“-Entscheidung des BVerfG auf die jüngste Rechtsprechung zur Abwägung zwischen Kunstfreiheit und Persönlichkeitsrecht
AfP 2009, 325 (Heft 4)
- **Rössel, Markus**
Anm. zu BGH, Urt. v. 23.06.2009 - VI ZR 196/08 - Recht auf anonyme Meinungsäußerung (spickmich.de)
ITRB 2009, 195 (Heft 9)
- **Rössel, Markus**
Anm. zu OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.06.2009 - I-20 U 247/08 - Kein isolierter Gebrauchthandel vorinstallierter Software
ITRB 2009, 221 (Heft 10)

- **Salomon, Thomas**
Anm. zu OLG München, Beschl. v. 24.03.2009 - 7 U 5575/08 – Verstoß gegen Wettbewerbsverbot berechtigt zur fristlosen Kündigung des Vertriebsvertrags)
BB 2009, 2002 (Heft 38)
- **Schallbruch, Martin/Städler, Markus**
Neuregelung der Bund-Länder-Zusammenarbeit bei der IT durch Art. 91c GG
CR 2009, 619 (Heft 9)
- **Schmidt, Stephan**
Anm. zu LG Bamberg, Beschl. v. 22.07.2009 - 2 Qs 104/2009 - Auskunftspflicht eines Anonymisierungsdienstes aus Vorratsdatenspeicherung
MMR 2009, 777 (Heft 11)
- **Schulz, Andreas**
Die Rechte des Hinterlegers einer Schutzschrift
WRP 2009, 1472 (Heft 12)
- **Sperber, Christian**
Die Grundlage richtlinienkonformer Rechtsfortbildung im Zivilrecht
EWS 2009, 358 (Heft 9)
- **Spieker, Oliver**
Anm. zu BGH, Urt. v. 30.06.2009 - VI ZR 210/08 – Störerhaftung des Verpächters einer Domain
MMR 2009, 754 (Heft 11)
- **Solmecke, Christian/Müller, Lenz Philipp**
Anmerkung zu LG Düsseldorf, Urt. v. 27.05.2009 - 12 O 134/09 – Haftung des Internetanschlussinhabers als Täter für Rechtsverletzungen Dritter
MMR 2009, 781 (Heft 11)
- **Spickhoff, Andreas**
Anm. zu BGH, Urt. v. 23.06.2009 - VI ZR 196/08 - Datenschutz in so genannten Bewertungsforen („spickmich“)
LMK 2009, 287789 (Ausgabe 9)
- **Streinz, Rudolf**
Anm. zu EuGH, Urt. v. 19.05.2009 - Rs. C-171/07, C-172/07 - Niederlassungsfreiheit; Rechtfertigung des sog. Fremdbesitzverbots von Apotheken aus Gründen des Gesundheitsschutzes („DocMorris“)
JuS 2009, 1035 (Heft 11)
- **Sujecki, Bartosz**
Anm. zu EuGH, Urt. v. 23.04.2009 - C-533/07 – Ein Lizenzvertrag ist kein Vertrag über die „Erbringung von Dienstleistungen“ i.S. des Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVO
EWS 2009, 466 (Heft 11)
- **Teplitzky, Thesy**
Deutschland. Ein Wintermärchen. Eine KENNWORT-Version nach Heinrich Heine
WRP 2009, 1489 (Heft 12)
- **Ubertazzi, Benedetta**
Licence Agreements Relating to IP Rights and the EC Regulation on Jurisdiction
IIC 2009, 912 (Heft 8)
- **Ulmer, Detlef**
„Fliegender Gerichtsstand“ für Rechtsverletzungen im Internet – Der besondere Gerichtsstand der unerlaubten Handlung
ITRB 2009, 252 (Heft 11)
- **Wanckel, Endress**
Die Durchsetzung von presserechtlichen Unterlassungsansprüchen
NJW 2009, 3353 (Heft 46)
- **Wanckel, Endress**
Die Abwehr von presserechtlichen Unterlassungsansprüchen
NJW 2009, 3497 (Heft 48)
- **Wolff, Christian**
Anm. zu BGH, Urt. v. 26.03.2009 - I ZR 44/06 - Schadensersatzbemessung nach eigenem Lizenzmodell
ITRB 2009, 223 (Heft 10)
- **Zabel, Lorenz**
Anm. zu BGH, Urt. v. 15.07.2009 - VII ZR 56/08 – Unwirksamkeit einer Preisänderungsklausel in Gasversorgungssondervertrag
BB 2009, 2281 (Heft 43)

VII. AUSGEWERTETE ZEITSCHRIFTEN

In Klammern werden die jeweils ausgewerteten Zeitschriften aufgezeigt

- AfP** Archiv für Presserecht (Heft 04 und 05/2009)
- BB** Betriebs-Berater (Heft 37 bis 49/2009)
- BGHR** BGHReport (Heft 17 bis 22/2009)
- Common Market Law Review** – *Kluwer Law International* (Heft 05 und 06/2009)
- Competition Law Review** (-)
- Competition Policy Newsletter** (Ausgabe 02/2009)
- CR** Computer und Recht (Heft 09 bis 11/2009)
- CRi** Computer law review international (-)
- DB** Der Betrieb (Heft 36 bis 48/2009)
- Europarecht** (Beiheft Heft 04/2009)

- European Competition Journal** (-)
European Business Law Review - *Kluwer Law International* (Heft 06/2009)
European Law Journal (Heft July/2009 und September/2009)
EuZW Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Heft 18 bis 24/2009)
EWiR Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht – Kurzkommentare (Heft 17 bis 22/2009)
EWS Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Heft 09 bis 11/2009)
GPR Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (Heft 05/2009)
GRUR Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Heft 10 bis 12/2009)
GRURInt Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil (Heft 10 bis 12/2009)
GRUR-RR Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rechtsprechungs-Report (Heft 10 bis 12/2009)
GWR Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Heft 12 bis 16/2009)
IIC International Review of Industrial Property and Copyright Law (Heft 07 und 08/2009)
ITRB Der IT-Rechtsberater (Heft 09 bis 11/2009)
JA Juristische Arbeitsblätter (Heft 10 bis 12/2009)
Jura Juristische Ausbildung (Heft 10 und 11/2009)
jurisPR-BGHZivilR Juris-Praxisreport BGH Zivilrecht (Ausgabe 19 bis 25/2009)
jurisPR-WettbR Juris-Praxisreport Wettbewerbsrecht (Ausgabe 09 bis 11/2009)
JuS Juristische Schulung (Heft 10 und 11/2009)
JZ Juristenzeitung (Heft 17 bis 22/2009)
K&R Kommunikation und Recht (Heft 09 bis 11/2009)
KUR (Heft 3/4 und 05/2009)
The Law Quarterly Review (Heft July/2009 und October/2009)
LMK Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmayer-Möhring (Ausgabe 09 bis 11/2009)
MarkenR Zeitschrift für deutsches, europäisches und internationales Markenrecht (Heft 09 und 10/2009)
MDR Monatsschrift für Deutsches Recht (Heft 17 bis 22/2009)
Mitt. Mitteilungen der deutschen Patentanwälte (Heft 10 bis 12/2009)
MMR Multimedia und Recht (Heft 10 und 11/2009)
The Modern Law Review (-)
NJOZ Neue Juristische Online Zeitschrift (Heft 35 bis 49/2009)
NJW Neue Juristische Wochenschrift (Heft 39 bis 51/2009)
N&R Netzwirtschaften und Recht (Heft 04/2009)
ÖBI Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (-)
RdE Recht der Energiewirtschaft (Heft 09 und 10/2009)
RIW Recht der internationalen Wirtschaft (Heft 09 bis 11/2009)
sic! Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht (Heft 10 bis 12/2009)
UFITA Archiv für Urheber- und Medienrecht (-)
WM Wertpapiermitteilung (Heft 36 bis 48/2009)
World Competition – *Kluwer Law International* (Heft 04/2009)
WRP Wettbewerb in Recht und Praxis (Heft 10 bis 12/2009)
WuB Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht (Heft 09 bis 11/2009)
WuW Wirtschaft und Wettbewerb (Heft 09 bis 11/2009)
ZEuP Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (-)
- ZEuS** Zeitschrift für Europarechtliche Studien (Heft 03/2009)
ZHR Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (Heft 04 und 05/2009)
ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Heft 36 bis 48/2009)
ZLR Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht (-)
ZNER Zeitschrift für Neues Energierecht (Heft 03/2009)
ZUM Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (Heft 10 und 11/2009)
ZWeR Zeitschrift für Wettbewerbsrecht (Heft 03/2009)

E. IMPRESSUM

Impressum:

Herausgeber:

Prof. Dr. Volker M. Jänich (V.i.S.d.P)

Prof. Dr. Paul. T. Schrader, LL.M.oec.

Dr. Jan Eichelberger, LL.M.oec.

Ständige Mitarbeiter:

Carsten Johne

Laura Zentner

Stephan Kunze

Steffen Eisenschmidt

Tina Berger

Umschlaggestaltung:

Sandra Goymann

Adresse:

Friedrich-Schiller-Universität Jena

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Carl-Zeiß-Straße 3

07743 Jena

Urheberrechtlicher Hinweis:

Der Newsletter ist nur zur persönlichen Information des Empfängers bestimmt. Eine Weitergabe des Inhalts an Dritte ist nicht gestattet. Nachdruck, fotomechanische, elektronische oder sonstige Vervielfältigung, Bearbeitung, Übersetzung, Mikroverfilmung und Einspeicherung, Verarbeitung bzw. Wiedergabe in Datenbanken oder anderen elektronischen Medien und Systemen ist - auch auszugsweise - nur nach schriftlicher Zustimmung erlaubt.

Haftungsausschluss:

Der Inhalt des Newsletters ist nach bestem Wissen und Kenntnisstand erstellt worden. Haftung und Gewähr für die Korrektheit, Aktualität, Vollständigkeit und Qualität der Inhalte sind ausgeschlossen.

Mit Namen gekennzeichnete Beiträge stellen nicht unbedingt die Meinung der gesamten Redaktion dar.

Die Informationen stellen keine rechtliche Beratung dar und begründen kein Beratungsverhältnis.

Abbestellung:

Wenn Sie diesen Newsletter nicht mehr beziehen wollen, gehen Sie bitte zu unserer Internetseite

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

geben Sie dort Ihre E-Mail-Adresse ein und klicken Sie auf

„Abbestellen“.

Ihre Daten werden dann automatisch aus unserer Datenbank entfernt.

Hinweis:

GB - Der Grüne Bote

trägt die von der Deutschen Nationalbibliothek zugewiesene

ISSN 1868-114X