

update

Gewerblicher Rechtsschutz und Kartellrecht

November 2020



Inhalt

3 | Editorial

Wettbewerbsrecht

4 | Das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs:
kein fliegender Gerichtsstand bei Verstößen im Internet

Designrecht

7 | Auf dem Weg zu einem „freien“ Ersatzteilmarkt – die
Reparaturklausel im Designgesetz kommt

Markenrecht

9 | Banksy verliert Markenrechte am „Flower Thrower“

Know-how-Schutz

10 | Zu weit gefasste Geheimhaltungsklauseln als Gefahr
für Geschäftsgeheimnisse

Medizinprodukterecht

13 | Keine Gratisbrillen für „Corona-Helden“

Kartellrecht

- 14 | Der Regierungsentwurf zur 10. GWB-Novelle: mehr als
eine Digitalisierungsnovelle
- 16 | Einzelhändler durfte vom Lieferanten auf einen niedrigen
Wiederverkaufspreis angesprochen werden

Aktuell

- 18 | Veröffentlichungen
- 18 | Vorträge

Editorial

Mit dieser neuen Ausgabe des Updates Gewerblicher Rechtsschutz und Kartellrecht informieren wir Sie über aktuelle Entwicklungen und gerichtliche Entscheidungen aus diesen Rechtsgebieten.

Im Wettbewerbsrecht setzt die jüngst vom Bundestag beschlossene UWG-Reform mit der Abschaffung des fliegenden Gerichtsstands eine deutliche Zäsur. Diese und weitere anstehende Änderungen stellen wir im ersten Beitrag dieses Hefts vor.

Praktisch im gleichen Atemzug hat sich der Gesetzgeber den Markt für Ersatzteile, insbesondere im Bereich der Autoindustrie, vorgenommen. Dazu werden im Designrecht nun mit der Einführung einer sog. Reparaturklausel sichtbare Ersatzteile vom Designschutz ausgenommen. Wir befassen uns mit den Einzelheiten dieser Neuregelung und ihrer Reichweite.

Anlässlich aktueller Gerichtsentscheidungen beschäftigen wir uns sodann mit praktischen Fragen des Know-how-Schutzes und insbesondere den Risiken, die mit zu weit gefassten Geheimhaltungsklauseln verbunden sind.

Im Medizinprodukterecht hat das OLG Stuttgart vor kurzem kreativen Marketingmaßnahmen wie der Auslobung von Gratisbrillen für „Corona-Helden“ Grenzen gesetzt. Das Heilmittelwerberecht gilt nämlich auch zu Corona-Zeiten, was wir in der Besprechung dieser Entscheidung näher erläutern.

Zwei Beiträge zum Kartellrecht beschließen diese Ausgabe. Zum einen stellen wir den Regierungsentwurf zur 10. GWB-Novelle vor, mit der vor allem Neuerungen speziell für die Digitalwirtschaft eingeführt werden. Zum anderen befassen wir uns mit einer Entscheidung des OLG Düsseldorf zur Kommunikation zwischen Lieferanten und Einzelhändlern über (zu) niedrige Wiederverkaufspreise. Ob und wann hier kartellrechtliche Sanktionen drohen, steht im letzten Beitrag dieses Hefts.

Wir wünschen Ihnen viel Spaß bei der Lektüre!

Michael Fricke

Impressum

Das Update Gewerblicher Rechtsschutz und Kartellrecht wird verlegt von CMS Hasche Sigle Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB.

CMS Hasche Sigle | Lennéstraße 7 | 10785 Berlin

Verantwortlich für die fachliche Koordination:

Michael Fricke
CMS Hasche Sigle | Stadthausbrücke 1–3 | 20355 Hamburg

Dr. Konstantin Salz
CMS Hasche Sigle | Lennéstraße 7 | 10785 Berlin

Das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs: kein fliegender Gerichtsstand bei Verstößen im Internet

Der Bundestag hat kürzlich eine UWG-Reform beschlossen, mit der Abmahnmissbrauch bekämpft werden soll. Auch wenn zum Schluss manche Regelung entschärft wurde, schießt das Gesetz doch über das Ziel hinaus und schafft neue Probleme. Vor allem die weitgehende Abschaffung des fliegenden Gerichtsstands ist bedenklich.

Nach den Vorstellungen des Justizministeriums wird das Gesetz zu einer erheblichen Eindämmung des Abmahnmissbrauchs führen und damit insbesondere Selbständige sowie kleinere und mittlere Unternehmen vor dessen Folgen schützen. Mit der Reform werden die Vorschriften zur Rechtsverfolgung im Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs (UWG) stark geändert.

Die Regelungen setzen an sechs Punkten an: Der Kreis der Personen, die Unterlassungsansprüche nach dem UWG geltend machen können, wird begrenzt, es werden enge Vorgaben für den Inhalt von Abmahnungen aufgestellt, die Voraussetzungen für eine Erstattung der Abmahnkosten werden verschärft, das schon bestehende Missbrauchsverbot für Abmahnungen wird ausgeweitet, Vertragsstrafversprechen werden reguliert und die Gerichtswahl wird stark eingeschränkt. Wann das Gesetz verkündet wird und damit in Kraft tritt, ist noch unklar.

Weitgehende Einschränkung des fliegenden Gerichtsstands

Die Neuregelung zum sog. „fliegenden Gerichtsstand“ ist besonders problematisch. Bisher konnte ein Unternehmen, das einen UWG-Verstoß geltend macht, an jedem Gericht klagen, in dessen Bezirk die in Rede stehende Handlung begangen wurde. Bei einer Werbung im Internet waren damit praktisch alle Landgerichte in Deutschland zuständig. Nunmehr gilt: Bei allen Verstößen „im elektronischen Geschäftsverkehr oder in Telemedien“, das heißt im Internet oder im Online-Handel, ist nur noch das Gericht am Sitz des Beklagten zuständig. Diese Neuregelung geht zwar nicht ganz so weit wie der ursprüngliche Regierungsentwurf. Auch nach der jetzt beschlossenen Regelung gilt der Tatort-Gerichtsstand aber für die überwiegende Zahl von UWG-Verstößen nicht mehr.

Es ist bedauerlich, dass der Gesetzgeber diesen Schritt trotz massiver Kritik von anwaltlicher, gerichtlicher und wissenschaftlicher Seite unternommen hat. Denn mit der Abschaffung des fliegenden Gerichtsstands für Internetverstöße droht nun, dass eine sich über Jahre herausgebildete Spezialisierung bestimmter Landgerichte verloren geht, gerade in Spezialgebieten wie dem Heilmittelwer-

berecht. Das ist auch deshalb so misslich, weil der Gesetzgeber sein Ziel, die angeblich große Zahl missbräuchlicher Abmahnungen zu bekämpfen, mit diesem Mittel nicht erreichen wird.

In der Gesetzesbegründung heißt es, der fliegende Gerichtsstand stelle einen Anreiz zum Missbrauch dar, da sich der Kläger insbesondere ein Gericht aussuchen werde, das im Zweifel in seiner Nähe liege oder das seine Rechtsauffassung teile, einstweilige Verfügungen bereitwillig und ohne Anhörung des Gegners erlasse oder regelmäßig hohe Streitwerte festsetze. Häufig wählten Antragsteller auch Gerichte, die weit entfernt vom Wohn- oder Geschäftssitz des Antragsgegners liegen, da sie hofften, dass der Antragsgegner aufgrund der Entfernung keinen Widerspruch einlegt. Diese Annahmen sind nicht nur durch nichts belegt, sie sind im Gegenteil sogar unwahrscheinlich: Das Bundesjustizministerium geht davon aus, dass 10 % aller Abmahnungen missbräuchlich sind, dabei handelt es sich aber nur um eine Schätzung. Die Zahl missbräuchlicher Gerichtsverfahren dürfte jedenfalls sehr viel kleiner sein. Denn gerade in Missbrauchsfällen wollen Abmahnen- de mit möglichst geringem Aufwand möglichst hohe Abmahnkosten erzielen und Aufwand, Kosten und Unwägbarkeiten eines Gerichtsverfahrens meiden.

Beschränkung der Anspruchsberechtigten

Weniger einschneidend – und zur Bekämpfung missbräuchlicher Abmahnungen vermutlich etwas effektiver – fallen hingegen die Regelungen aus, mit denen der Kreis der Anspruchsberechtigten einschränkt wird. Ein Mitbewerber kann künftig nur noch dann Unterlassungsansprüche geltend machen, wenn er „Waren und Dienstleistungen in nicht unerheblichem Maße und nicht nur gelegentlich vertreibt oder nachfragt“. Die ursprünglich vorgesehene Beschränkung, dass der Mitbewerber auch „ähnliche“ Waren und Dienstleistungen vertreiben muss, wurde glücklicherweise gestrichen. Dies hätte einen schweren Bruch im Regelungssystem des Lauterkeitsrechts bedeutet, da es nach der Mitbewerber-Definition im UWG darauf ankommt, ob aufgrund der geschäftlichen Handlung, um die es im Einzelfall geht, ein konkretes Wettbewerbsverhältnis besteht. Mitbewerber

im Sinne des UWG können daher auch Unternehmen unterschiedlicher Wirtschaftsstufen oder gar unterschiedlicher Branchen sein. Dabei wird es auch zukünftig bleiben, solange das betreffende Unternehmen tatsächlich am Markt aktiv ist, indem es Waren oder Dienstleistungen anbietet oder nachfragt.

Bei Wettbewerbsvereinen kommt es nicht mehr nur darauf an, ob ihnen eine erhebliche Zahl von Unternehmern angehört, die Waren oder Dienstleistungen ähnlicher Art auf demselben Markt vertreiben, und ob die Zuwiderhandlung die Interessen ihrer Mitglieder berührt. Vielmehr müssen sie – nach einer Übergangsfrist von neun Monaten – zusätzlich in einer vom Justizministerium geführten Liste qualifizierter Wirtschaftsverbände registriert sein. Für die Aufnahme in diese Liste muss der Verband mindestens 75 Unternehmer als Mitglieder haben, zum Zeitpunkt der Antragstellung seit mindestens einem Jahr seine satzungsmäßigen Aufgaben wahrgenommen haben und bestimmte weitere Kriterien erfüllen, um eine Missbrauchsgefahr möglichst auszuschließen.

Verschärftes Missbrauchsverbot

Zudem gilt ein verschärftes Missbrauchsverbot. Danach wird in bestimmten Fällen vermutet, dass eine Abmahnung missbräuchlich ist, etwa wenn ein Mitbewerber „eine erhebliche Anzahl von Verstößen gegen die gleiche Rechtsvorschrift geltend macht“ und gleichzeitig die Anzahl der geltend gemachten Verstöße außer Verhältnis zum Umfang der eigenen Geschäftstätigkeit steht oder anzunehmen ist, dass er das wirtschaftliche Risiko des Vorgehens nicht selbst trägt. Ein Missbrauch ist im Zweifel auch anzunehmen, wenn ein Mitbewerber den Streitwert unangemessen hoch ansetzt oder eine offensichtlich überhöhte Vertragsstrafe vereinbart oder fordert oder auch wenn eine vorgeschlagene Unterlassungsverpflichtung offensichtlich über die abgemahnte Rechtsverletzung hinausgeht. Diese Vermutungsregel zwingt zu besonderer Vorsicht bei der Formulierung der Abmahnung. Das abmahnende Unternehmen mag noch so redlich handeln: Wenn der den Abmahngebühren zugrunde gelegte Gegenstandswert zu hoch angesetzt oder die geforderte Unterlassungserklärung zu weit formuliert ist, droht ein Gegenangriff wegen missbräuchlicher Abmahnung.

Neue Vorgaben für eine Abmahnung

Vorsicht bei der Formulierung der Abmahnung ist auch deshalb geboten, weil das Abmahnschreiben zukünftig bestimmte inhaltliche Anforderungen erfüllen muss. So muss es nicht nur Angaben zur Identität des Abmahnenenden, zur Rechtsverletzung, zum geforderten Kostenersatz und zur Anspruchsberechtigung enthalten. Der Abmahnende muss auch darauf hinweisen, wenn in bestimmten Fällen ein Anspruch auf Ersatz von Abmahnkosten ausscheidet.

Das ist zukünftig immer dann der Fall, wenn es um einen Verstoß gegen Datenschutzrecht durch ein Unternehmen oder einen gewerblichen Verein mit weniger als 250 Mitarbeitern geht oder wenn ein Verstoß gegen gesetzliche Informations- und Kennzeichnungspflichten im Internet gerügt wird. Der Gesetzgeber hatte hier vor allem Bagatelverstöße im Online-Handel vor Augen, die durch Crawler automatisiert aufgefunden werden und leicht abgemahnt werden können, wie z.B. Verstöße gegen die Impressumpflicht oder die Pflicht zur vollständigen und korrekten Widerrufsbelehrung. Die gesetzliche Regelung geht nun aber weit darüber hinaus. Der Begriff „Informations- und Kennzeichnungspflichten“ umfasst nämlich auch alle obligatorischen Angaben, die z. B. zum Schutz der Gesundheit vorgeschrieben sind, wie etwa die Pflichtangaben nach § 4 HWG bei der Werbung für Arzneimittel, oder das Zutatenverzeichnis und die Nährwertangaben bei Lebensmitteln. Weshalb das Verfolgen von Verstößen gegen diese Informationspflichten keinen Anspruch auf Kostenersatz nach sich ziehen darf, ist nicht nachvollziehbar. Nur Warnhinweise sollen nach der Gesetzesbegründung von dem Ausschluss nicht erfasst sein, was sich aus dem Wortlaut der Vorschrift allerdings nicht ergibt.

Gegenanspruch des Abgemahnten auch bei nicht missbräuchlichen Abmahnungen

Schon bisher hat der Abgemahnte im Falle einer missbräuchlichen Abmahnung einen Gegenanspruch auf Erstattung seines Kostenaufwands. Dieser Gegenanspruch wird nun aber stark erweitert, und zwar auch auf Fälle, in denen nach der gesetzlichen Regelung gar kein Rechtsmissbrauch gegeben ist, die Abmahnung unter Umständen sogar völlig berechtigt ist: Verlangt der Abmahnende Kostenersatz, obwohl es um einen jener Verstöße geht, bei denen er keinen Ersatzanspruch hat (also bei einem Datenschutzverstoß durch ein kleineres Unternehmen oder bei einem Verstoß gegen gesetzliche Informations- und Kennzeichnungspflichten im Internet), hat der Abgemahnte einen Gegenanspruch auf Ersatz seiner Anwaltskosten. Das Gleiche gilt, wenn der Inhalt der Abmahnung nicht den gesetzlichen Anforderungen genügt oder wenn die Abmahnung unberechtigt ist. Damit wird auch im Lauterkeitsrecht faktisch das Institut der unberechtigten Schutzrechtsverwarnung eingeführt. Der Ersatzanspruch ist allerdings beschränkt auf die Höhe der Abmahnkosten, die der Abmahnende geltend macht, wobei unklar ist, was gilt, wenn der Abmahnende gar keine Abmahnkosten verlangt. Hier ist vermutlich auf die potentiell gerechtfertigten Abmahnkosten abzustellen. Der Abmahnende entkommt dieser Erstattungspflicht, wenn er nachweist, dass für ihn objektiv nicht erkennbar war, dass die Abmahnung unberechtigt war.



Vorgaben für die Vertragsstrafe

Schließlich enthält das Gesetz neue Regelungen für das Vertragsstrafeversprechen. So kodifiziert es die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien, um zu beurteilen, ob eine Vertragsstrafe angemessen ist. Vor allem aber verbietet es, eine Vertragsstrafe zu vereinbaren, wenn ein Mitbewerber erstmals einen Verstoß gegen Datenschutzrecht durch ein Unternehmen mit weniger als 250 Mitarbeitern oder gegen gesetzliche Informations- und Kennzeichnungspflichten im Internet abgemahnt hat. Bei geringfügigen Verstößen darf die vereinbarte Vertragsstrafe maximal EUR 1.000 betragen. Zudem kann der Schuldner einer Vertragsstrafe, der eine (aus seiner Sicht) unangemessen hohe Vertragsstrafe vereinbart hat oder von dem der Gläubiger im Falle einer Vertragsstrafe-Regelung nach Hamburger Brauch eine (aus seiner Sicht) zu hohe Strafe verlangt, eine Einigungsstelle anrufen.

Fazit

Auch wenn Abmahnungen wegen Bagatelverstößen für Unternehmen sehr leidig und missbräuchliche Abmahnungen ein echtes Problem sind: Das Gesetz schießt an vielen

Stellen über das Ziel hinaus. Dies ist umso bedauerlicher, als die Datengrundlage zum Phänomen des Abmahnmissbrauchs äußerst dürftig ist. Ein Gesetz, das die Missbrauchsgefahr eindämmen soll, muss die Balance zwischen dem Schutz vor unberechtigten oder unangemessenen Abmahnungen einerseits und der bewährten effektiven Selbstregulierung im Wettbewerbsrecht andererseits finden. Diese Balance wahrt das Gesetz zur Förderung des fairen Wettbewerbs leider nicht. Es schränkt die Möglichkeiten der Rechtsverfolgung unangemessen ein und benachteiligt dadurch redliche Unternehmen, die sich zu Recht gegen Wettbewerbsverstöße von Mitbewerbern zur Wehr setzen.



Dr. Nikolas Gregor, LL.M. (Boston), Maître en droit

Partner im Geschäftsbereich

Gewerblicher Rechtsschutz bei CMS in Hamburg.

E nikolas.gregor@cms-hs.com

Auf dem Weg zu einem „freien“ Ersatzteilmarkt – die Reparaturklausel im Designgesetz kommt

Das vom Bundestag am 10. September 2020 beschlossene Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs soll – neben der Eindämmung des Abmahnmissbrauchs – den Wettbewerb auf dem Markt für Ersatzteile, insbesondere im Bereich der Autoindustrie, liberalisieren. Zu diesem Zweck sieht es die Einführung einer sog. Reparaturklausel in § 40 a DesignG vor. Die Klausel bezweckt, den Designschutz für sichtbare Ersatzteile insoweit entfallen zu lassen, als diese für Reparaturzwecke verwendet werden.

Relevanz der Reparaturklausel

Seit über 20 Jahren ist die rechtspolitische Frage, ob und inwieweit Designrechte an der Gestaltung von Teilen komplexer Erzeugnisse begründet und durchgesetzt werden können, Gegenstand heftiger Debatten und wird in den Mitgliedsstaaten der EU unterschiedlich beantwortet. Besonders virulent für den Verbraucher ist dieser Aspekt bei formgebundenen (sog. „must-match“) Teilen komplexer Erzeugnisse. Gemeint sind hiermit Teile, die in ein komplexes Erzeugnis eingebaut sind, wie etwa die Motorhaube eines Autos. Dabei bedeutet formgebunden, dass das Ersatzteil faktisch die gleiche Form aufweisen muss wie das Originalteil. Bei Motorhauben ist dies evident, da die ganz überwiegende Zahl der Verbraucher ein von der Originalform abweichendes Ersatzteil nicht akzeptieren würde. Ohne die Schutzausnahme ist der jeweilige Verbraucher im Schadensfall auf den Originalhersteller angewiesen, da er eine passende Motorhaube nur beim Hersteller erwerben kann. Anders ist dies etwa bei Felgen, die klassischerweise nicht als formgebunden eingestuft werden, da bei ihnen zahlreiche – für die Verbraucher akzeptable – Formen auf dem Markt angeboten werden.

Das genannte Beispiel illustriert, dass sich die Diskussion zur Reparaturklausel nahezu ausnahmslos im Automobilbereich abspielt, was erklärt, weshalb die Auseinandersetzung gerade in Deutschland und Frankreich besonders intensiv verläuft. Es verwundert daher nicht, dass auf europäischer Ebene eine für alle Mitgliedsstaaten verbindliche Reparaturklausel unter anderem am Widerstand Deutschlands und Frankreichs gescheitert ist. Infolgedessen überlässt Art. 14 der Designrichtlinie (98/71/EG) den Mitgliedsstaaten, derartige Schutzausnahmen einzuführen. Dies führte dazu, dass zwar in der 2002 in Kraft getretenen Gemeinschaftsgeschmacksmusterverordnung (GGV) in Art. 110 Abs. 1 eine Reparaturklausel vorgesehen ist, dies aber auf nationaler Ebene teilweise nicht der Fall war.

Konsequenz war, dass gerade für Kfz-Hersteller nationale Designanmeldungen in Ländern ohne Reparaturklausel (wie Deutschland und Frankreich) deutlich attraktiver waren als ein Gemeinschaftsgeschmacksmuster.

Funktion der Reparaturklausel

Klarstellend ist festzuhalten, dass auch weiterhin nach dem deutschen und europäischen Designrecht Schutz für einzelne Bauelemente in Anspruch genommen werden kann, sofern diese bei ihrer bestimmungsgemäßen Verwendung im komplexen Erzeugnis sichtbar bleiben und die sichtbaren Merkmale selbst die Voraussetzungen der Neuheit und Eigenart erfüllen.

Die Reparaturklauseln greifen demgegenüber erst auf der Durchsetzungsebene ein. So können deutsche Designs nach dem neuen § 40 a Abs. 1 DesignG nicht gegenüber einem von einem Dritten angebotenen Teil, „das ein Bauelement eines komplexen Erzeugnisses ist und das allein mit dem Ziel verwendet wird, die Reparatur dieses komplexen Erzeugnisses zu ermöglichen, um ihm wieder sein ursprüngliches Erscheinungsbild zu verleihen“, ins Feld geführt werden. Eine Reaktion zum jetzigen Entwurf spricht insoweit davon, dass der „Gesetzgeber an[setzt], im Stellungskrieg der betroffenen Industrieverbände den Kfz-Herstellern seine schützende Hand zu entziehen“ (Drexler, GRUR 2020, 234, 235). Die Reparaturklausel soll insbesondere den Markt für sichtbare Auto-Ersatzteile für Reparaturzwecke öffnen. Nach der Gesetzesbegründung sei bei der Einführung der Reparaturklausel im Designgesetz „durch die Marktöffnung unter Umständen damit zu rechnen, dass die Verbraucherpreise für sichtbare Autoersatzteile leicht sinken“.

Gemäß § 40 a Abs. 2 DesignG findet die Schutzausnahme nur dann Anwendung, „sofern die Verbraucher ordnungsgemäß über den Ursprung des zu Reparaturzwecken verwendeten Erzeugnisses durch Verwendung einer Kennzeichnung oder in einer anderen geeigneten Form unterrichtet werden, sodass diese in Kenntnis der Sachlage unter miteinander im Wettbewerb stehenden Erzeugnissen für Reparaturzwecke wählen können“. Dies dient zum einen dem Schutz der Verbraucher vor Täuschungen und Irreführungen und soll zum anderen dem Inhaber eines Designs ermöglichen, gegen Dritte vorzugehen, die sich nicht auf die Vermarktung ihrer Produkte für Reparaturzwecke beschränken.



Anwendung auf formgebundene Ersatzteile

§ 40 a Abs. 1 S. 2 DesignG, wonach die Schutzausnahme dann nicht gelten soll, „wenn der vorrangige Zweck, zu dem das genannte Bauelement auf dem Markt gebracht wird, ein anderer als die Reparatur des komplexen Erzeugnisses ist“, soll nach der Gesetzesbegründung klarstellen, „dass die Ausnahme in Abs. 1 lediglich auf formgebundene Ersatzteile anwendbar ist, also auf solche Ersatzteile, deren Erscheinungsbild durch die Formgebung des Originals vorgegeben ist“. Ob dieses Ziel erreicht wird, ist indes mehr als fraglich, da der Wortlaut des § 40 a Abs. 1 S. 2 DesignG keinerlei Bezug zu einer etwaigen Formgebundenheit herstellt. Verstärkt werden die Zweifel dadurch, dass die Begründung der Bundesregierung zusätzlich darauf abstellt, mit der Einführung der Reparaturklausel auf nationaler Ebene auch einen Gleichlauf mit dem Unionsrecht herstellen zu wollen (Drucksache 19/12084, S. 41). Nach Auffassung des EuGH ist die Anwendbarkeit des insoweit wortgleichen Art. 110 Abs. 1 GGV jedoch gerade nicht auf formgebundene Teile beschränkt (EuGH GRUR 2018, 284, 288). Vor diesem Hintergrund ist es misslich, dass die Beschränkung auf formgebundene Teile (bspw. Motorhauben) in der Begründung „versteckt“ wurde und somit zu befürchten steht, dass die Regelung auch auf nicht formgebundene Teile (bspw. Felgen) angewandt werden wird.

Stichtagsregelung

Die jetzt in § 40 a DesignG vorgesehene Schutzausnahme kommt nach der Übergangsregelung in § 73 Abs. 2 DesignG nicht für Rechte aus einem eingetragenen Design zur Anwendung, das vor dem 1. Januar 2020 angemeldet wurde. Hierdurch soll den Originalherstellern nach der Gesetzesbegründung eine zusätzliche Frist gegeben werden, „um sich auf die Neuregelung einzustellen und insbesondere ihre Preise derart kalkulieren zu können, dass sie eine Amortisierung

ihrer Entwicklungskosten auch auf dem Primärmarkt erreichen können“ (BT-Drucks. a. a. O., S. 41).

Fazit

Es ist zu begrüßen, dass sich Deutschland mit der Einführung einer Reparaturklausel im Designgesetz um eine Angleichung an die Regelungen zum Gemeinschaftsgeschmacksmuster bemüht. Ob dem Gesetzgeber jedoch die beabsichtigte und begrüßenswerte Ausnahme für nicht formgebundene Ersatzteile gelungen ist, kann bezweifelt werden. Trotz dieser Unsicherheit bleibt der Anreiz für Originalhersteller, das nationale Designrecht dem europäischen vorzuziehen, bei nicht formgebundenen Ersatzteilen wohl bestehen, da diese nach der Intention des Gesetzgebers nicht unter die Reparaturklausel fallen.



Adrian Zarm, MGlobL (University of Sydney)

Rechtsanwalt im Geschäftsbereich

Gewerblicher Rechtsschutz bei CMS in Köln.

E adrian.zarm@cms-hs.com



Patrick Schneider

Rechtsanwalt im Geschäftsbereich

Gewerblicher Rechtsschutz bei CMS in Köln.

E patrick.schneider@cms-hs.com

Banksy verliert Markenrechte am „Flower Thrower“

Der berühmte (anonyme) Künstler Banksy hat die Markenrechte an seinem Motiv „Flower Thrower“ verloren. Grund für die Löschung durch das Europäische Markenamt (EUIPO) war aber entgegen zahlreicher Pressemeldungen nicht der Umstand, dass Banksy sich in der Vergangenheit gegen den Urheberrechtsschutz aussprach („copyright is for losers“) und seine Identität geheim hält. Im Gegenteil betont das Amt, dass derartige Aussagen gerade nichts am Urheberschutz ändern (was anderenfalls auch mehr als bedenklich wäre).

Banksy wurden die Markenrechte am Motiv entzogen, weil dieser nach Ansicht des Amts nie vorhatte, den „Flower Thrower“ markenrechtlich zu nutzen (also z. B. für die Bewerbung oder den Verkauf von Waren oder Dienstleistungen). Das Markenrecht diene Banksy nur als „Ersatz“ für das Urheberrecht, das er für sein Motiv nicht beanspruchen könne, weil er dafür seine Identität offenlegen müsste. Für eine solche Ersatzfunktion dürfe das Markenrecht aber nicht missbraucht werden (Bad-Faith-Einwand).

Etwas ungünstig war dabei, dass Banksy erst nach Löschungsantrag der Marke einen Online-Shop zum Verkauf von Waren mit dem Motiv eröffnete und sogar ein stationäres Einzelhandelsgeschäft, bei dem man aber nur ins Schaufenster schauen, es aber nicht betreten konnte. Die Motivation dahinter sei „possibly the least poetic reason to even make some art – a trademark issue“, so der

Künstler und gesteht damit die fehlende markenmäßige Intention ein. Auch sein Anwalt riet ihm öffentlich dazu, nun doch schnell Waren mit dem Motiv zu verkaufen – auch nicht gerade der cleverste Ratschlag.

In seiner Entscheidung äußert sich das EUIPO zudem fast beiläufig zur Panoramafreiheit bei Graffiti – das allerdings in dogmatisch bedenklicher Form: „Graffiti is normally placed in public places for all to view and photograph, which might also possibly annul any ownership rights in copyright.“ Dass der Umstand, dass geschützte Werke öffentlich zugänglich sind, die Urheberrechte am Werk gänzlich erlöschen lassen könnte, ist Unsinn. Die Panoramafreiheit erlaubt bekanntlich nur bestimmte Nutzungen von Werken, die sich an öffentlichen Plätzen befinden, der Urheberrechtsschutz besteht ansonsten aber fort.



Dr. Martin Gerecke, M.Jur. (Oxford)

Rechtsanwalt im Geschäftsbereich

Gewerblicher Rechtsschutz bei CMS in Hamburg.

E martin.gerecke@cms-hs.com

Zu weit gefasste Geheimhaltungsklauseln als Gefahr für Geschäftsgeheimnisse

Seit dem 26. April 2019 ist in Deutschland das Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG) in Kraft. Seitdem müssen Unternehmen „angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen“ ergreifen, damit nach der Neudefinition des Geschäftsgeheimnisbegriffs vertrauliche Informationen wie Kundenlisten, Innovationsideen und technische Zeichnungen als Geschäftsgeheimnisse geschützt sind. Mit einem kürzlich veröffentlichten Urteil des LAG Düsseldorf (LAG Düsseldorf, Urteil v. 3. Juni 2020 – 12 SaGa 4/20) hat die Rechtsprechung zum ersten Mal konkret Stellung zu der Frage bezogen, was unter „angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen“ zu verstehen ist – bzw. was nicht. Die Folge: Für Unternehmen besteht Handlungsbedarf.

Die Neudefinition des Geschäftsgeheimnisbegriffs findet sich in § 2 Nr. 1 GeschGehG. Erfüllt der Inhaber einer zu schützenden Information die neuen Voraussetzungen nicht, indem er keine „angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen“ trifft, liegt schon kein Geschäftsgeheimnis vor. Folglich scheiden gesetzliche Ansprüche nach dem GeschGehG aus und es gibt keine Handhabe gegen Datendiebe und Betriebsspione. Dies ist eine grundsätzliche Änderung zur alten Rechtslage. Nach dieser reichte ein nach außen bekundeter Geheimhaltungswille des Informationsinhabers aus, ohne dass „angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen“ vorliegen mussten.

Seit Einführung der Voraussetzung der „angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen“ scheint man sich in Rechtsprechung und Literatur zwar grundsätzlich einig zu sein, dass dieses Erfordernis nicht mit der Notwendigkeit eines „optimalen“ Schutzes gleichgesetzt werden darf – alles Erforderliche tun zu müssen, wäre schließlich nicht „angemessen“, sondern zu viel verlangt. Unklar ist aber, was konkret unter einer „angemessenen Geheimhaltungsmaßnahme“ zu verstehen ist. Dies gilt gerade, wenn es um Geheimhaltungsvereinbarungen und -klauseln geht. In vielerlei Hinsicht gibt die Entscheidung des LAG Düsseldorf nun erste Antworten.

Kundenlisten und eigene Aufzeichnungen als Geschäftsgeheimnisse?

In dem konkreten Fall hatte das LAG Düsseldorf darüber zu entscheiden, ob einem Unternehmen gegen einen ehemaligen Mitarbeiter Unterlassungsansprüche im Wege einer einstweiligen Verfügung aufgrund der Verletzung von Geschäftsgeheimnissen zustehen. Der Mitarbeiter hatte von dem Unternehmen, seinem Arbeitgeber, eine ausgedruckte Kundenliste mit Umsatzzahlen etwa zwei Monate vor Beendigung seines Arbeitsverhältnisses für

Provisionsberechnungen erhalten. Zudem fertigte der Mitarbeiter eigene Aufzeichnungen über Kundendaten und Umsätze in seinem Kalender an. Nach Beendigung seines Arbeitsverhältnisses wurde der Mitarbeiter für einen Mitbewerber tätig und verwendete in seiner Neuanstellung die Kundenliste und seine Aufzeichnungen für Vertriebszwecke.

In dem Verfahren brachte der frühere Arbeitgeber vor, dass sowohl die übergebene Kundenliste als auch die eigenen Aufzeichnungen des ehemaligen Mitarbeiters Geschäftsgeheimnisse des Unternehmens darstellen. Durch die Verwendung im neuen Arbeitsverhältnis seien diese verletzt worden. Im Arbeitsvertrag des ehemaligen Mitarbeiters war eine Geheimhaltungspflicht, bezogen „auf alle Angelegenheiten und Vorgänge [...] im Unternehmen“, geregelt. Zudem enthielt der Arbeitsvertrag eine Rückgabepflicht, die sich unter anderem konkret auf „alle dienstlichen Unterlagen (z. B. Aufzeichnungen)“ bezog.

Zu weite Vertraulichkeitspflicht keine Geheimhaltungsmaßnahme

Das LAG Düsseldorf entschied in seinem Urteil zunächst, dass die Kundenliste kein Geschäftsgeheimnis darstellt und verneinte in der Folge insoweit einen Unterlassungsanspruch. Denn das Unternehmen habe hierzu keine ausreichend „angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen“ getroffen.

Zwar könne eine vertragliche Verpflichtung zur Vertraulichkeit im Arbeitsvertrag grundsätzlich eine „angemessene Geheimhaltungsmaßnahme“ sein. Dies gelte aber nicht, wenn „schlicht alle Angelegenheiten und Vorgänge, die im Rahmen der Tätigkeit bekannt werden“, umfasst werden und jeglicher konkreter Bezug zu der als Geschäftsgeheimnis zu schützenden Information fehle. Eine solche weite und pauschale Klausel erfülle nicht den Zweck einer angemessenen Geheimhaltungsmaßnahme.

Daraus folgt, dass eine zu weit gefasste Vertraulichkeitsklausel grundsätzlich kein Geschäftsgeheimnis begründen kann. Dies gilt jedenfalls, soweit keine anderen Geheimhaltungsmaßnahmen getroffen wurden, die als „angemessen“ zu beurteilen sind.

Rückgabepflicht als Geheimhaltungsmaßnahme

Dies allein bedeute aber nicht, so das LAG Düsseldorf weiter, dass der Schutz der Kundenliste als Geschäftsgeheimnis in jedem Fall ausgeschlossen sei. Als denkbare weitere Geheimhaltungsmaßnahme hinsichtlich der



Kundenliste, die angemessen sein könnte, komme die Rückgabeverpflichtung aus dem Arbeitsvertrag in Betracht. Der ausgeschiedene Mitarbeiter habe diese aber nicht erfüllt, denn er habe die Kundenliste nach seinem Ausscheiden gerade nicht zurückgegeben. Wenn eine Unterlage im Rahmen des Arbeitsverhältnisses ausgehändigt werde, die beim Ausscheiden des Mitarbeiters nicht zurückgegeben werde, sei die vertragliche Rückgabeverpflichtung allein als „angemessene Geheimhaltungsmaßnahme“ nicht ausreichend. Vielmehr müsse der Arbeitgeber in einem solchen Fall die Rückgabe der Unterlage aktiv einfordern oder durchsetzen. Dies wurde aber im vorliegenden Fall versäumt.

Rückgabepflicht eigener Aufzeichnungen

Anders beurteilte das LAG Düsseldorf die Rechtslage bezüglich der eignen Aufzeichnungen des ehemaligen Mitarbeiters. Wegen der Auflistung dieser „Aufzeichnungen“ in der Rückgabeverpflichtung sprach das LAG Düsseldorf den Aufzeichnungen des Mitarbeiters den Charakter eines Geschäftsgeheimnisses zu, das dem Unternehmen zustehe. Es sei ausreichend, dass „Aufzeichnungen“ konkret als Beispiel von zurückzugebenden Unterlagen im Arbeitsvertrag genannt wurden, damit auch eine „angemessene Geheimhaltungsmaßnahme“ vorliegt. Im Gegensatz zu der Kundenliste sei bei den Aufzeich-

nungen des Mitarbeiters die Tatsache, dass das Unternehmen nicht aktiv die Herausgabe dieser Aufzeichnungen gefordert hat, nicht schädlich. Schließlich habe der Mitarbeiter die Aufzeichnungen für sich angefertigt und es bestand – anders als bei der durch den Arbeitgeber ausgehändigten Kundenliste – keine konkrete Kenntnis der Existenz solcher Aufzeichnungen.

Hiernach bestätigte das LAG Düsseldorf das Bestehen von Unterlassungsansprüchen hinsichtlich der Aufzeichnungen im Wege der einstweiligen Verfügung.

Catch-all = Lose-all – ausreichend konkrete Geheimhaltungsklauseln erforderlich

Die Verwendung von Catch-all-Klauseln ist weit verbreitet – gerade auch in Arbeitsverträgen. Mit diesen „deklariert“ der Arbeitgeber jede in einem Arbeitsverhältnis zur Kenntnis gelangte Information zu einer geheimhaltungsbedürftigen Information, um einen größtmöglichen Schutz seiner Betriebsinterna sicherstellen. Das hat auch einen praktischen Grund: Es ist bei Abschluss des Arbeitsvertrages häufig nicht absehbar, welche Informationen konkret als vertraulich oder „offen“ einzuordnen sind. Zudem bestünde immer die Gefahr, dass eine solche Abgrenzung den Grenzbereich nicht punktgenau definiert. Eigentlich schützenswerte Information könnten dann unter die

„offenen“ Informationen und aus der Vertraulichkeitspflicht fallen. Catch-all-Klauseln sollen dieses Problem möglichst einfach lösen, indem sie einfach pauschal „alles“ umfassen.

Das LAG Düsseldorf hat mit seinem Urteil aber nun klargestellt: Die bei „Catch-all-Klauseln“ fehlende Abstufung der Informationen nach Wichtigkeit und die Tatsache, dass mit einer solchen Klausel auch nicht vertrauliche oder gar offenkundige Informationen umfasst werden, führen zu einer „Unangemessenheit“ der Klausel im Sinne des GeschGehG.

Seit Inkrafttreten des GeschGehG wurde die Gefahr zu weit gefasster Geheimhaltungsklauseln bereits vielfach in Praxis und Literatur erkannt. Die Entscheidung des LAG Düsseldorf ist nun aber die erste – bemerkenswert klare – Aussage der Rechtsprechung zu dieser Thematik.

Tragweite der Entscheidung und Handlungsbedarf

Hiernach sind nicht nur ausreichend konkrete Vertraulichkeitsklauseln anzuraten. Vielmehr sollten bei besonders wichtigen vertraulichen Informationen (z. B. den „Kronjuwelen“) auch innerhalb der Vertraulichkeitsklausel strengere Pflichten geregelt werden als bei „einfach vertraulichen“ Informationen (z. B. Need-to-know-Prinzip; Weitergabebeschränkungen auch innerhalb des Unternehmens).

Unternehmen sollten also dringend ihre Arbeitsverträge und -vertragsmuster überprüfen und ggf. zu weit gefasste oder gar Catch-all-Klauseln anpassen und nachverhandeln. Zwar bezieht sich die Entscheidung des LAG Düsseldorf auf eine arbeitsvertragliche Geheimhaltungsklausel. Die Bewertung und der Handlungsbedarf dürften aber auch für Geheimhaltungsklauseln in anderen Verträgen (z. B. Kooperations-, Belieferungs- und Dienstleistungsverträgen) und Geheimhaltungsvereinbarungen gelten.

Was den arbeitsvertraglichen Bereich anbelangt, sind Unternehmen gut beraten, einerseits auf den Schutz der Geschäftsgeheimnisse nochmals konkretes Augenmerk zu richten und andererseits einen geordneten Exit-Prozess für das Ausscheiden von Mitarbeitern zu implementieren. Es kann z. B. sinnvoll sein, in einer Aufstellung konkret festzuhalten, welche Unterlagen und Betriebsmittel dem Mitarbeiter im Laufe des Arbeitsverhältnisses übergeben wurden. Bei seinem Ausscheiden sollte ein Abgleich der zurückgegebenen Gegenstände erfolgen. Auch könnte das Einholen einer Bestätigung der vollständigen Rückgabe oder die Übergabe eines Informationsschreibens zur Rückgabepflicht als „angemessene Geheimhaltungsmaßnahme“ ausreichend sein.

Was den Geheimnisschutz im Unternehmen generell anbelangt, sollten selbstverständlich ebenfalls Geheimhaltungsmaßnahmen – losgelöst vom arbeitsvertraglichen Bereich – getroffen werden, um sicherzustellen, dass Informationen als Geschäftsgeheimnisse überhaupt dem Schutz des Gesetzes unterfallen. Im besten Fall geschieht dies in einem Dreischritt:

1. die Identifikation der in einem Unternehmen bestehenden vertraulichen Informationen und bestehenden Risiken und Schutzlücken
2. die Ausarbeitung und Implementierung eines Schutzkonzepts für diese vertraulichen Informationen als Geschäftsgeheimnisse im Unternehmen mit konkreten Maßnahmen auf rechtlicher, organisatorischer und technischer Ebene – durch ein solches Schutzkonzept wird zudem das tatsächliche Risiko gemindert, dass es überhaupt zum Verlust von Geschäftsgeheimnissen kommt
3. die periodische Aktualisierung dieses Schutzkonzepts („Angemessenheit“ als sich mit der Zeit wandelndes Erfordernis) und Schulungen der eigenen Mitarbeiter und Verantwortlichen

Dieser Dreischritt sollte auch die Aufstellung eines Maßnahmenplans für den Ernstfall (Verletzungsfall) beinhalten, um schnell und effektiv agieren zu können.

Mit dem Beratungstool CMS PROTECT unterstützen wir Unternehmen bei dem oben beschriebenen Dreischritt und der Umsetzung der Anforderungen des GeschGehG. Dazu finden Sie weiterführende Informationen unter dem Link: <https://cms.law/de/deu/insight/geschaeftsgeheimnisschutz/cms-protect>.



Alexander Leister, LL. M. (LTU Melbourne)

Rechtsanwalt im Geschäftsbereich

Gewerblicher Rechtsschutz bei CMS in Stuttgart.

E alexander.leister@cms-hs.com

Keine Gratisbrillen für „Corona-Helden“

Die Vorgaben der Healthcare Compliance gelten auch in Zeiten der COVID-19-Pandemie. Das betrifft unter anderem den „Dauerbrenner“ des Zuwendungsverbots, normiert in der für das Produktmarketing wichtigen Vorschrift des § 7 Heilmittelwerbegesetz (HWG). Werbegeschenke für den Absatz von Arzneimitteln und Medizinprodukten sind danach im Grundsatz unzulässig. Das gilt selbst dann, wenn sie als Dankeschön für „Corona-Helden“ gedacht sind, so ein aktuelles Urteil des OLG Stuttgart vom 6. August 2020 (Az.: 2 W 23/20).

Aktion: Brille geschenkt

In dem von einem Verband angestrebten einstweiligen Verfügungsverfahren ging es um die Aktion eines Optikerfachgeschäftes, das mit folgender Aktion warb:

„Wir schenken Ihnen eine neue Brille inklusive Gläsern. Große X Geschenktion für unsere Helden. Exklusiv für Pflegerinnen, Pfleger, Ärztinnen und Ärzte. Sie alle leisten zurzeit Unglaubliches. X bedankt sich mit einem Geschenk für Ihren Einsatz. Eine Brille Ihrer Wahl, mit Gläsern in ihrer Stärke.* Weil Sie für uns da sind und wir etwas für Sie tun wollen. Vielen Dank im Namen von X und allen Mitarbeitern und Kunden. Es ist toll, dass wir in dieser schwierigen Zeit auf Sie zählen können!“

Der Antragsteller meinte, der Optiker lobe eine unzulässige Werbegabe im Sinne von § 7 Abs. 1 HWG aus. Der Empfänger sehe die Zuwendung als Geschenk an. Er könne bei Abholung weitere Brillen, wie bspw. eine Sonnenbrille, erwerben oder Zusatzbausteine wie Spiegelung oder Tönung gegen Aufpreis kaufen. Es bestehe die abstrakte Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung. Denn es sei nicht auszuschließen, dass ein Verbraucher, der eine Brille benötige, sich für das Angebot dieses Optikers gerade wegen der kostenlosen Abgabe entscheide. Auch vergleiche er das Angebot nicht mit jenen der Wettbewerber, um festzustellen, ob andere Angebote den persönlichen Bedürfnissen eventuell besser entsprächen.

Das Landgericht wies den Antrag zurück. Es fehle an einem Zusammenhang zwischen dem Geschenk und einer von den angesprochenen Adressaten zu erbringenden Gegenleistung. Die Schenkung sei vielmehr als reiner Dank für den Einsatz und die Leistung der Ärzte und Pfleger gedacht. Die Werbung falle damit letztlich unter den Begriff der Imagewerbung. Die Antragsgegnerin wolle offenbar vom guten Ruf der „Helden“ profitieren, die sie in ihrer Werbung anspreche.

OLG Stuttgart: unzulässige Werbegabe

Das sah das OLG Stuttgart anders. Die kostenlose Abgabe von Brillen verstoße gegen § 7 HWG. Es handele sich um eine Werbegabe. Eine der Kompensierung einer Sehschwäche dienende Brille sei ein Medizinprodukt. Entgegen der Auffassung des LG liege auch Produktwerbung vor. Nach dem Gesamterscheinungsbild der Werbung stehe nicht die Darstellung des Unternehmens, sondern die Anpreisung bestimmter oder zumindest individualisierbarer Produkte im Vordergrund. Die Antragsgegnerin werbe für ihr Produktsortiment. Dass dies als eine Dankesaktion für „Corona-Helden“ daherkomme, ändere nichts am Produktbezug.

Die kostenlose Abgabe einer Brille sei ein Geschenk, also eine Werbegabe im Sinne von § 7 Abs. 1 S. 1 HWG. Von ihr gehe auch die abstrakte Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung des Werbeadressaten aus.

An dieser Stelle widerspricht das OLG deutlich der Vorinstanz, die die Auffassung vertreten hatte, die unentgeltliche Leistung motiviere nicht zum entgeltlichen Erwerb eines oder mehrerer konkreter Heilmittel. Einzige Voraussetzung sei die Zugehörigkeit zu dem in der Werbung angesprochenen Kreis der „Corona-Helden“. Nach Auffassung des OLG werde eine Kopplung zwischen dem Erhalt der Werbegabe und einer Kaufentscheidung für die Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung nicht vorausgesetzt. Sie sei vielmehr im Sinne einer individuellen Beeinflussbarkeit der Zuwendungsempfänger zu bewerten. Die abstrakte Gefahr einer unsachgemäßen Beeinflussung bestehe hier schon darin, dass der Verbraucher sich für die Leistung (Brillengestell und Glas) entscheide, ohne die Produkte der Mitbewerber in seine Entscheidung einzubeziehen. Es komme hinzu, dass nach psychologischen Erkenntnissen entsprechend der sozialen Reziprozitätsregel bei einer kostenlosen Leistung oft zu erwarten sei, dass sich der Empfänger in irgendeiner Weise erkenntlich zeigen werde. Unter diesem Gesichtspunkt sei es denkbar, dass sich die Beschenkten durch den (sofortigen oder späteren) kostenpflichtigen Erwerb anderer Produkte der Antragsgegnerin erkenntlich zeigten.

Geschenk ist kein Rabatt

Das OLG verneint auch das Vorliegen eines der in § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HWG genannten Ausnahmetatbestände. Insbesondere habe sich die Antragsgegnerin zu Unrecht auf § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. a HWG berufen.

Denn die Werbegabe bestehe nicht in einem bestimmten oder auf bestimmte Art zu berechnenden Geldbetrag. Die Gewährung einer unentgeltlichen Brille sei kein hundertprozentiger Geldrabatt. Es handele sich auch nicht um einen Naturalrabatt im Sinne von § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. b HWG. Die Gewährung eines solchen sei nur bei einem Erwerbsgeschäft möglich.

Fazit

Das lesenswerte Urteil des OLG Stuttgart fügt sich in eine lange Reihe von Entscheidungen zum Zuwendungsverbot des § 7 HWG ein – einer Norm, die mit ihren Verästelungen, Ausnahmen und Rückausnahmen sowie ihrer umfangreicher Rechtsprechung alles andere als einfach zu interpretieren und anzuwenden ist. Gleichzeitig spielt sie in der Praxis eine erhebliche Rolle, gilt die „Zugabe“ doch häufig als ein probates Marketing-Mittel. Im Bereich der

Arzneimittel- und Medizinproduktwerbung ist insoweit jedoch besondere Obacht geboten, denn hier greifen die engen Voraussetzungen des § 7 HWG. Und das – so lehrt es zumindest das OLG Stuttgart – gilt auch unter den besonderen Bedingungen von COVID-19.



Dr. Roland Wiring

Partner im Geschäftsbereich

Gewerblicher Rechtsschutz bei CMS in Hamburg.

E roland.wiring@cms-hs.com

Der Regierungsentwurf zur 10. GWB-Novelle: mehr als eine Digitalisierungsnovelle

Am 9. September 2020 hat das Bundeskabinett den Regierungsentwurf für eine 10. GWB-Novelle mit dem Kurztitel „GWB-Digitalisierungsgesetz“ verabschiedet. Die Novelle enthält wesentliche Neuerungen speziell für die Digitalwirtschaft, bringt aber auch zahlreiche Änderungen mit sich, die für alle Branchen relevant sind. Von der notwendigen Anpassung an das EU-Recht aufgrund der ECN+-Richtlinie über neue Regelungen in der Fusionskontrolle über erweiterte Kompetenzen der Kartellbehörden bis zu Konkretisierungen der Bußgeldzumessung sind tiefgreifende Änderungen vorgesehen. Die für die Unternehmenspraxis wesentlichsten werden im Folgenden dargestellt.

Die neue „digitale“ Missbrauchsaufsicht

Ein Bündel an gesetzgeberischen Maßnahmen sieht der Regierungsentwurf für die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht vor, um sie – nach Auffassung der Entwurfsverfasser – für die Herausforderungen des digitalen Wandels zu rüsten:

- Für die Frage, ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, soll es nach § 18 Abs. 3 Nr. 3 RegE künftig auch auf den Zugang eines Unternehmens zu wettbewerbsrelevanten Daten ankommen.
- Ebenfalls soll das neue Kriterium der „Intermediationsmacht“ in die Bewertung der Marktstellung von Unternehmen einfließen. Damit zielt der Gesetzgeber insbesondere auf mehrseitige Märkte wie etwa Plattformen ab.

- Der Missbrauchstatbestand der Zugangsverweigerung in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB soll künftig auch für die Verweigerung des Datenzugangs gelten.
- Neue und einschneidende Eingriffsmöglichkeiten sieht § 19 a RegE für „Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb“ (gemeint sind die großen Digitalkonzerne) vor. Dem Bundeskartellamt soll für diese neuen Verbotsadressaten die Möglichkeit eingeräumt werden, bestimmte – vom Bundeskartellamt als besonders schädlich erachtete – Verhaltensweisen zu untersagen.
- Auch soll das Konzept der relativen Marktmacht künftig nicht nur für kleine und mittlere Unternehmen, sondern für alle abhängigen Unternehmen im Sinne des § 20 Abs. 1 RegE, unabhängig von ihrer Größe, gelten.
- Schließlich soll mittels eines neuen Behinderungstatbestandes in § 20 a Abs. 3 b RegE das sog. „Tipping“, also das Kippen von Märkten, verhindert werden.

Fusionskontrolle

Die fusionskontrollrechtlichen Aufgreifschwelle des § 35 GWB sollen angehoben werden: von EUR 25 Mio. auf EUR 30 Mio. (erste Inlandsumsatzschwelle) und von EUR 5 Mio. auf EUR 10 Mio. (zweite Inlandsumsatzschwelle). In der Konsequenz wird die sog. Anschlussklausel in § 35 Abs. 2 Satz 1 GWB gestrichen.

Besonderer Beachtung bedarf die in § 39 a RegE vorgesehene Befugnis des Bundeskartellamtes, im Anschluss an eine Sektoruntersuchung nach § 32 e GWB Unternehmen dazu zu verpflichten, künftig jeden geplanten Zusammenschluss anzuzeigen.

Die Umsatzschwelle der Bagatellmarktklausel des § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GWB soll von bisher EUR 15 Mio. auf EUR 20 Mio. angehoben werden. Allerdings sollen dabei die Umsätze auf mehreren Bagatellmärkten zusammengerechnet werden. Damit steigt das Untersuchungsrisiko für Transaktionen, die überwiegend kleinere Regionalmärkte betreffen (etwa in der Abfallwirtschaft).

Änderungen im Verwaltungsverfahren

Die für die Unternehmenspraxis wichtigste Änderung im Verwaltungsverfahren beinhaltet der erweiterte § 32 c RegE. Grundsätzlich sind die Unternehmen nach dem sog. Selbstveranlagungsprinzip selbst berechtigt, aber auch verpflichtet, ihr Handeln auf kartellrechtliche Rechtmäßigkeit zu überprüfen. Ein „Negativattest“ vom Kartellamt gibt es also grundsätzlich nicht. Schon bisher machte § 32 c GWB davon eine Ausnahme, wonach die Kartellbehörde mitteilen konnte, dass für sie kein Anlass besteht, tätig zu werden. Diese Entscheidung stand im kartellbehördlichen Ermessen. Nunmehr gewährt § 32 c Abs. 4 RegE den Unternehmen zusätzlich einen Anspruch auf eine solche Entscheidung unter zwei Voraussetzungen. Erstens muss es sich um eine horizontale Kooperation handeln. Ausgeklammert bleibt damit von vornherein die gesamte Palette der vertikalen Kooperationen (selektive Vertriebssysteme, Internetvertrieb etc.). Zweitens muss ein erhebliches wirtschaftliches und rechtliches Interesse an der Entscheidung bestehen.

Weitere Änderungen im Verwaltungsverfahren seien nur stichwortartig genannt:

- Anhörung der Beteiligten auch nur mündlich, § 56 Abs. 1 RegE
- Akteneinsichtsrecht nunmehr spezialgesetzlich normiert, § 56 Abs. 3 bis 6 RegE
- Auskunftsverlangen ohne prinzipielles Auskunftsverweigerungsrecht, § 59 RegE
- Durchsuchungen mit Fragerecht der Kartellbehörde § 59 b RegE
- Einstweilige Maßnahmen der Kartellbehörde erleichtert, § 32 a RegE

Die Novelle wird die Rechtsstellung der Unternehmen also nicht nur verbessern, sondern sie in manchen Verfahrensrechten auch beschneiden.

Neues im kartellrechtlichen Bußgeldrecht

Ins Auge fällt zunächst, dass das Kronzeugenprogramm nunmehr in den §§ 81 h bis 81 n RegE gesetzlich normiert

ist. Inhaltlich entspricht es im Wesentlichen dem, was bisher in der sog. Bonusregelung des Bundeskartellamtes steht.

Die Novelle sieht auch eine gesetzliche Konkretisierung der Zumessungskriterien für die Bußgeldbemessung vor (§ 81 d RegE). Hintergrund hierfür ist die stark divergierende Bußgeldbemessungspraxis des Bundeskartellamtes einerseits und der zuständigen Gerichte andererseits. Ob die Aufzählung der Zumessungskriterien im Gesetz zur Vereinheitlichung der Entscheidungspraxis führt, bleibt abzuwarten. Wichtig für die Praxis ist, dass § 81 d Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 GWB auch das Nachtatverhalten benennt und damit die Einführung oder ggf. Verbesserung eines effektiven Compliance-Systems honoriert.

Deutlich verschärft wird die Bußgeldhaftung von Unternehmensvereinigungen (§ 81 b RegE), indem der Bußgeldrahmen stark erhöht und eine Ausfallhaftung der Mitglieder eingeführt wird. Das Auskunftsverweigerungsrecht beschuldigter Unternehmen soll weitgehend abgeschafft werden, was verfassungsrechtlich mindestens bedenklich ist. Verbleiben soll im Wesentlichen nur ein Schweigerecht von persönlich Beschuldigten, und das auch nur eingeschränkt (§ 82 b RegE).

Vorteilhaft für die Praxis ist, dass mit den Verfahrensänderungen das deutsche dem europäischen Kartellverfahren weitgehend angeglichen wird, was die Handhabung wie auch die Schulung erleichtert. Erkauft wird dieser Rationalisierungsvorteil aber damit, dass dies auf niedrigerem verfahrensrechtlichen Niveau geschieht.



Dr. Dietmar Rahlmeyer

Partner im Geschäftsbereich

Kartellrecht bei CMS in Düsseldorf.

E dietmar.rahlmeyer@cms-hs.com



Peter Giese

Rechtsanwalt im Geschäftsbereich

Kartellrecht bei CMS in Stuttgart.

E peter.giese@cms-hs.com

Einzelhändler durfte vom Lieferanten auf einen niedrigen Wiederverkaufspreis angesprochen werden

Müssen Lieferanten, die ihre Einzelhändler auf deren aggressiv niedrige Wiederverkaufspreise ansprechen, zwangsläufig mit kartellrechtlichen Sanktionen rechnen? In einem neueren Fall hat das OLG Düsseldorf mehrere Äußerungen eines Lieferanten gegenüber einem Einzelhändler bezüglich dessen niedriger Wiederverkaufspreise geprüft und entschieden, dass die Äußerungen nicht gegen das Kartellverbot (§ 1 GWB, Art. 101 AEUV) verstoßen und keine Drohung im Sinne des § 21 Abs. 2 GWB darstellen (OLG Düsseldorf, 8. Juli 2020 – VI-U [Kart] 3/20).

Dies ist das zweite Urteil des OLG Düsseldorf, das Lieferanten einen gewissen Spielraum zur Stellungnahme zur Preisgestaltung im Einzelhandel einräumt. In einem früheren Urteil hat das Gericht festgestellt, dass die bloße Aufforderung zur Berücksichtigung der eigenen wirtschaftlichen Interessen die Preishoheit des Einzelhändlers nicht verletzt (dazu Update Gewerblicher Rechtsschutz und Kartellrecht 02/2020: „OLG Düsseldorf: Gespräche über die Preisgestaltung des Handels im Einzelfall erlaubt“). Die jüngste Entscheidung liefert weitere Erkenntnisse dazu, wie Lieferanten mit ihren Einzelhändlern über niedrige Wiederverkaufspreise sprechen können.

Der Fall

Die Beklagte ist ein Großhandelsunternehmen im Bereich Modellbau und Spielwaren. Die Klägerin vertreibt diese Waren über das Internet. Im Zeitraum von 2016 bis 2018 bezog die Klägerin Waren von der Beklagten und verkaufte sie regelmäßig unterhalb des von der Beklagten angegebenen unverbindlichen Verkaufspreises.

Im Juni und Juli 2018 setzte sich die Beklagte per E-Mail mit der Klägerin in Verbindung und fragte sie, woher sie die Waren beziehe und warum „sie mit sehr aggressiven Preisen am Markt auftrete“. Weiter schrieb die Beklagte, dass sie die „Geschäftspraktiken [der Klägerin] als sehr zweifelhaft empfinde“, dass die Klägerin „ihre Preispolitik [...] überdenken“ sollte und dass es „wohl das Beste [wäre], wenn Sie [die Klägerin] unsere Produkte komplett auslisten und sich auf andere Hersteller konzentrieren würden“. Ein weiterer Streitpunkt war der Umstand, dass die Klägerin in einem Gewährleistungsfall einen ihrer Kunden zwecks Regulierung fälschlicherweise direkt an die Beklagte verwiesen hatte und dass die Klägerin nicht alle beworbenen Waren der Beklagten vorrätig hielt. Im Juni 2018 stellte die Beklagte die Lieferung ihrer Produkte ein und sperrte das Händlerkonto der Klägerin.

In seiner Entscheidung stellte das OLG Düsseldorf fest, dass die Äußerungen der Beklagten nicht gegen das Kartellverbot (§ 1 GWB, Art. 101 AEUV) verstießen, da weder eine Vereinbarung noch abgestimmte Verhaltensweise vorlagen, denn die Klägerin hatte sich ausdrücklich geweigert, ihre Preispolitik anzupassen.

Darüber hinaus entschied das OLG Düsseldorf, dass die Äußerungen auch nicht gegen § 21 Abs. 2 GWB verstießen. Das Umgehungsverbot des § 21 Abs. 2 GWB beinhaltet, dass Unternehmen anderen Unternehmen keine Nachteile androhen oder zufügen oder Vorteile versprechen oder gewähren dürfen, um sie zu einem Verhalten zu veranlassen, das nicht Gegenstand einer vertraglichen Verpflichtung im Sinne des Wettbewerbsrechts sein darf. Preisbindung im Einzelhandel kann ein solches verbotenes Verhalten darstellen. Drohungen von Lieferanten, die darauf gerichtet sind, ihre Einzelhändler dazu zu bewegen, die Wiederverkaufspreise zu erhöhen, verstoßen regelmäßig gegen § 21 Abs. 2 GWB. Ein Lieferant kann mit seinen Einzelhändlern über die Wiederverkaufspreise sprechen, er muss sich dabei aber im Rahmen des wettbewerbsrechtlich Zulässigen bewegen.

Im vorliegenden Fall stellte das OLG Düsseldorf fest, dass die Beklagte der Klägerin nicht mit der Beendigung der Geschäftsbeziehung gedroht hatte, um sie zu einer Erhöhung der Wiederverkaufspreise zu bewegen. Dabei stützte sich das OLG Düsseldorf auf eine E-Mail der Beklagten an die Klägerin, in der die Beklagte wörtlich schrieb „Wir haben uns ... niemals in Ihre Preispolitik eingemischt“, und folgerte daraus, dass die Beklagte nicht die Absicht gehabt habe, die Preispolitik der Klägerin zu beeinflussen.

Das OLG Düsseldorf hielt es für plausibel, dass die Beklagte ihre Geschäftsbeziehung mit der Klägerin deswegen beendete, weil sie Zweifel an der geschäftlichen Seriosität der Klägerin hatte. Die Klägerin hielt nicht alle beworbenen Waren vorrätig und bestellte sie auch nicht bei der Beklagten. Darüber hinaus riet die Klägerin einem ihrer Kunden fälschlicherweise, sich in einem Gewährleistungsfall direkt an die Beklagte zu wenden.

Letztlich bestätigte das OLG Düsseldorf sein Urteil aus dem Vorjahr (OLG Düsseldorf, 18. September 2019 – VI-U [Kart] 3/19) und stellte erneut fest: „Wer den Geschäftspartner bittet, seine Preisstrategie zu überdenken, respektiert dessen Preissetzungshoheit und wirkt –

sofern wie hier keine gegenläufigen Umstände vorliegen – nicht in verbotener Weise auf die Preisbildung ein.“

Anmerkungen zum Urteil

Das OLG Düsseldorf scheint den § 21 Abs. 2 GWB etwas enger ausgelegt zu haben als der BGH (vgl. BGH, 6. November 2011 – KZR 13/12) und das Bundeskartellamt (vgl. Hinweise zum Preisbindungsverbot im Bereich des stationären Lebensmitteleinzelhandels, Rn. 88). Die Tatsachenfeststellungen des OLG Düsseldorf erscheinen auch nicht ganz widerspruchsfrei. Die Beklagte soll die Klägerin zwei Jahre lang beliefert haben, aber in ihrer E-Mail-Korrespondenz behauptet die Beklagte, die Klägerin nicht in ihrer Kundenliste gefunden zu haben. Diese Behauptung, keine Kundenbeziehung mit der Klägerin zu haben, war für das Gericht offenbar ein wichtiger Hinweis darauf, dass die Beklagte nicht gedroht habe, die Kundenbeziehung zu beenden, wenn die Klägerin ihre Wiederverkaufspreise nicht erhöhen würde. Hinzu kam, dass die Beklagte die Kundenbeziehung aus legitimen Gründen endgültig beendete und damit nicht auf künftige Wiederverkaufspreise einwirkte. Im Falle einer von beiden Seiten behaupteten Lieferbeziehung käme es auf weitere Umstände an, um festzustellen, dass eine Preisdiskussion einen unangemessenen Druck begründe.

Konsequenzen für die Praxis

Die beiden jüngsten Entscheidungen des OLG Düsseldorf geben den Lieferanten zusätzliche Hinweise dazu, wie sie reagieren sollen, wenn sich ihre Einzelhändler ihrer Ansicht nach unangemessen verhalten (z. B. durch Werbung für Waren ohne ausreichenden Lagerbestand oder aggressive Preisgestaltung unterhalb des empfohlenen Verkaufspreises). Insbesondere folgende Dos und Don'ts lassen sich aus dem Urteil ableiten:

- Einigen Sie sich nicht auf Einzelhandelspreise.
- Tauschen Sie keine Informationen oder Meinungen aus, die zu einer abgestimmten Verhaltensweise bei der Preisgestaltung im Einzelhandel führen könnten.
- Fügen Sie den Einzelhändlern keine Nachteile zu oder drohen Sie ihnen bei Nichteinhaltung der Einzelhandelspreisempfehlungen nicht mit Nachteilen.
- Versprechen oder gewähren Sie keine Vorteile für die Befolgung von Einzelhandelspreisempfehlungen.
- Erwägen Sie ein Gespräch mit Einzelhändlern, wenn Ihnen deren Geschäftsgebaren, einschließlich aggressi-

ver Preisgestaltung, nicht gefällt, aber vermeiden Sie es, ihnen zu drohen. Machen Sie in schriftlicher Form (z. B. per E-Mail) deutlich, dass Sie nicht beabsichtigen, sich in die Preispolitik der Einzelhändler einzumischen. Ob Ihre Kommunikation als Bedrohung interpretiert wird, kann von Ihrer Marktmacht abhängen.

- Erwägen Sie, Ihre Geschäftsbeziehungen zu einem Einzelhändler zu beenden, der Ihren Erwartungen nicht entspricht, aber beenden Sie die Geschäftsbeziehung ggf. endgültig; machen Sie die Beendigung nicht von dem zukünftigen Verhalten des Einzelhändlers abhängig. Informieren Sie andere Einzelhändler nicht über die Beendigung der Geschäftsbeziehung, denn dies könnte als unterschwellige Drohung verstanden werden. Begründen Sie die Beendigung – wenn überhaupt – nicht mit dem Preisverhalten des Einzelhändlers, sondern mit dessen zweifelhaften Geschäftspraktiken.

In Einzelfällen können allerdings Ausnahmen gelten, etwa wenn ein Lieferant über beträchtliche Marktmacht verfügt.

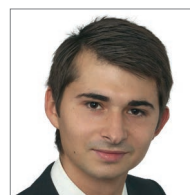


Dr. Markus Schöner, M.Jur. (Oxford)

Partner im Geschäftsbereich

Kartellrecht bei CMS in Hamburg.

E markus.schoener@cms-hs.com



Alexander Laute

Trainee Lawyer im Geschäftsbereich

Kartellrecht bei CMS in Hamburg.

E alexander.laute@cms-hs.com

Veröffentlichungen

Michael Fricke

Harsche Fundamentalkritik an Amtsträgern keine Beleidigung, in: GRUR-Prax 2020, 380

Dr. Sebastian Cording

Dr. Philipp Pohlmann

Stefan Schreiber

Die Beerdigung des UEFA Financial Fairplay? Manchester City vor dem Sportgerichtshof., in: Legal Tribune Online (LTO), 13. August 2020

Dr. Thomas Hirse

Kein ESZ für nach Anmeldung des Grundpatents erfundene Wirkstoffe, in: GRUR-Prax 2020, 269

Dr. Julia Hugendubel

Adrian Zarm, MGlobL (University of Sydney)

„Gekaufte“ Kundenbewertungen – wettbewerbsrechtliche Analyse der Auswirkungen auf die Gesamtbewertung, in: IPRB 2020, 135

Alexander Leister, LL.M. (LTU Melbourne)

Nachträgliche Geheimhaltungsanordnung bei versehentlicher Offenbarung durch das Gericht, in: GRUR-Prax 2020, 318

Stefan Schreiber

Salary Caps. Die Grenzen der Profigehälter, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 12. August 2020

Dr. Roland Wiring

Artificial intelligence in healthcare, in: HealthTech, Law and Regulation, Jelena Madir (editor), Elgar Commercial Law and Practice series, Cheltenham 2020

Vorträge

Peter Giese

„Nach den ersten 100 Tagen der COVID-19-Pandemie – Entwicklungen im Kartellrecht“, Regionaltreffen der Studienvereinigung Kartellrecht (online), Stuttgart, 14. Juli 2020

Dr. Nikolas Gregor, LL. M. (Boston), Maître en droit

„The new era of digital health – opportunities and legal challenges“, digitale PTMG-Konferenz (Pharmaceutical Trademarks Group), 8. Oktober 2020

Alexander Leister, LL. M. (LTU Melbourne)

Thomas Fröhlich

„Spion wider Willen – die (ungeahnte) Haftung von Unternehmen und der Unternehmensleitung bei der Verletzung fremder Geschäftsgeheimnisse“, Webinar Wirtschaftsfrühstück, 8. Juli 2020

Dr. Roland Wiring

„Digitale Gesundheitsanwendungen richtig bewerben“, Webinar, Spitzenverband Digitale Gesundheitsversorgung e. V., 2. September 2020

Dr. Roland Wiring

„MDR – Stand der Dinge | Anpassungsbedarf bei Liefer- und Vertriebsverträgen (gemeinsam mit Caud Schneider, Raume-dic)“, BVMed-Symposium zum Medizinproduktrecht, Aktuelle Rechtsfragen zu Medizinprodukten, Bonn, 7. Oktober 2020

Dr. Roland Wiring

„Social Media Marketing in der Medizin“, Webinare in Kooperation mit der MedServation GmbH, 30. Juli 2020, 8. September 2020, 29. Oktober 2020





Law . Tax

Ihr kostenloser juristischer Online-Informationsdienst.

E-Mail-Abodienst für Fachartikel zu
vielfältigen juristischen Themen.

cms-lawnow.com

Dieses Dokument stellt keine Rechtsberatung dar und verfolgt ausschließlich den Zweck, bestimmte Themen anzusprechen. Es erhebt keinen Anspruch auf Richtigkeit oder Vollständigkeit und die in ihm enthaltenen Informationen können eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen. Sollten Sie weitere Fragen bezüglich der hier angesprochenen oder hinsichtlich anderer rechtlicher Themen haben, so wenden Sie sich bitte an Ihren Ansprechpartner bei CMS Hasche Sigle.

CMS Hasche Sigle ist eine der führenden wirtschaftsberatenden Anwaltssozialitäten. Mehr als 600 Anwälte sind in acht wichtigen Wirtschaftszentren Deutschlands sowie in Brüssel, Hongkong, Moskau, Peking und Shanghai für unsere Mandanten tätig. CMS Hasche Sigle ist Mitglied der CMS Legal Services EEIG, einer europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung zur Koordinierung von unabhängigen Anwaltssozialitäten. CMS EEIG ist nicht für Mandanten tätig. Derartige Leistungen werden ausschließlich von den Mitgliedssozialitäten in den jeweiligen Ländern erbracht. CMS EEIG und deren Mitgliedssozialitäten sind rechtlich eigenständige und unabhängige Einheiten. Keine dieser Einheiten ist dazu berechtigt, im Namen einer anderen Verpflichtungen einzugehen. CMS EEIG und die einzelnen Mitgliedssozialitäten haften jeweils ausschließlich für eigene Handlungen und Unterlassungen. Der Markenname „CMS“ und die Bezeichnung „Sozialität“ können sich auf einzelne oder alle Mitgliedssozialitäten oder deren Büros beziehen.

CMS-Standorte:

Aberdeen, Abu Dhabi, Algier, Amsterdam, Antwerpen, Barcelona, Belgrad, Berlin, Bogotá, Bratislava, Bristol, Brüssel, Budapest, Bukarest, Casablanca, Dubai, Düsseldorf, Edinburgh, Frankfurt/Main, Funchal, Genf, Glasgow, Hamburg, Hongkong, Istanbul, Johannesburg, Kiew, Köln, Leipzig, Lima, Lissabon, Ljubljana, London, Luanda, Luxemburg, Lyon, Madrid, Mailand, Manchester, Maskat, Mexiko-Stadt, Mombasa, Monaco, Moskau, München, Nairobi, Paris, Peking, Podgorica, Posen, Prag, Reading, Riad, Rio de Janeiro, Rom, Santiago de Chile, Sarajevo, Sevilla, Shanghai, Sheffield, Singapur, Skopje, Sofia, Straßburg, Stuttgart, Tirana, Utrecht, Warschau, Wien, Zagreb und Zürich.

CMS Hasche Sigle Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB, Sitz: Berlin, (AG Charlottenburg, PR 316 B), Liste der Partner: s. Website.

cms.law