

Axel Spies USA: FCC kassiert Niederlage bei der Regelung der Breitbandanbieter (Comcast) MMR-Aktuell 2010, 301751

Das Berufungsgericht für den DC Circuit hat der *Federal Communications Commission (FCC)* in Washington am 6.4.2010 eine (absehbare) Niederlage bereitet. Sie hat Auswirkungen auf die im Beitrag von *Spies/Ufer* (MMR 2010, 13) dargestellte Debatte zur Netzneutralität und den kürzlich veröffentlichten US-Breitbandplan.

Die Kammer bestehend aus drei Richtern hob einstimmig eine Anordnung der FCC vom August 2008 auf. Eine erfolgreiche Revision gegen das Urteil durch die FCC ist möglich, aber eher unwahrscheinlich. Das Gericht sprach der Behörde die rechtliche Befugnis ab (auf der Grundlage der auch in Deutschland bekannten Rechtsfigur der Annexkompetenz), von den Breitband-Providern eine Gleichbehandlung aller über ihre Netze laufenden Internetdaten zu verlangen. Die Richter entschieden damit i.S.d. klagenden US-Unternehmens Comcast, das Breitbanddienste über Kabel anbietet. Comcast befindet sich gerade in den USA in einem Zusammenschlussverfahren (Merger) mit dem TV-Unternehmen NBC. Stein des Anstoßes war eine Anordnung der FCC vom August 2008, die es dem Unternehmen untersagte, die Peer-to-Peer (P2P)-Datenübertragungen per BitTorrent zu verlangsamen. P2P und Rechner-Rechner-Verbindungen sind synonyme Bezeichnungen für eine Kommunikation unter Gleichen, hier bezogen auf ein Rechnernetz, z.B. für den Austausch von Mediendateien. BitTorrent ist ein Filesharing-Protokoll, das sich besonders für die schnelle Verteilung großer Datenmengen eignet, aber gleichzeitig beim Austausch eine große Bandbreite belegt, die ggf. zu einer Überlastung des Netzes führen könnte.

Der Kernsatz des Urteils lautet: „The Commission may exercise this ‚ancillary‘ authority only if it demonstrates that its action ... is ‚reasonably ancillary to the ... effective performance of its statutorily mandated responsibilities.‘ The Commission has failed to make that showing.“

Die Abgrenzung im Urteil, was zur Annexkompetenz der FCC gehört und was nicht, ist alles andere als eindeutig. Bereits seit dem Jahr 2007 schwelt der Streit zwischen der FCC und Comcast. Kunden von Comcast hatten sich bei der Regulierungsbehörde beschwert, weil Comcast die Nut-

zung des BitTorrent-Protokolls unterbinde. Der Provider musste daraufhin seine Methoden des Netzmanagements offenlegen und die FCC ordnete an, Comcast könne BitTorrent nicht generell sperren.

Die FCC hat sich in den letzten Jahren als Verfechter der Netzneutralität (Freiheit des Verkehrs über das Internet) hervorgetan. Der gegenwärtige von Präsident Obama ernannte FCC-Vorsitzende *Genachowski* hält Regelungen zur Netzneutralität für geboten, um Anbieter davon abzuhalten, bestimmte Inhalte und Dienste zu bevorzugen, was insbesondere auch für kleinere Unternehmen schädlich sein könnte. Durch das Urteil könnte neben der Netzneutralität auch die Umsetzung des von der FCC kürzlich veröffentlichten US-Breitbandplans (*Spies*, MMR-Aktuell 2010, 297792) gefährdet sein. Allerdings könnte das Urteil durchaus dazu führen, dass die FCC und der Kongress verstärkt die Initiative ergreifen und den Kompetenzbereich für die Regelung der Netzneutralität zu Gunsten der FCC erweitern. Die Frage ist, wie schnell. Eine Gesetzesänderung durch den Kongress könnte Jahre in Anspruch nehmen. Wenn es dazu kommt, wäre das Urteil für die Breitbandanbieter ein Pyrrhussieg.

Die FCC reagierte jedenfalls prompt: „Die heutige Entscheidung hat den Ansatz der

Kommission zur Erhaltung eines offenen Internet für unzulässig erklärt“, betonte der FCC-Vorsitzende *Genachowski*. Allerdings habe das Gericht sich „in keiner Weise gegen die Wichtigkeit der Bewahrung eines freien und offenen Internet“ ausgesprochen und „die Tür für andere Methoden, dieses wichtige Ziel zu erreichen, nicht geschlossen.“ Die einzige Art und Weise, wie die Kommission aus dieser „Zitrone“ noch „Limonade“ machen kann, ist, das zu tun, was wir schon vor Jahren hätten tun sollen: Breitband als den TK-Dienst zu behandeln, der es ist, schrieb FCC-Kommissar *Michael Cobbs*. In diesem Fall hätte die FCC Regulierungskompetenz nach Titel II des Telecommunications Act, der für „Carrier“ gilt. Ob der FCC-Vorsitzende die Mehrheit der fünf Kommissare auf seine Seite zieht (die FCC-Kommissare entscheiden als Kollegium), oder es gar zu einer Gesetzesänderung zu Gunsten der FCC kommt, ist gegenwärtig unklar. Die großen Breitbandanbieter haben gegen ein solches Vorgehen ihren massiven Widerstand angekündigt. Eine 180-Grad-Wende der seit dem Jahr 2002 bestehenden Marschrichtung der FCC, Breitband über das Internet und TK-Dienste regulatorisch zu trennen, führe zu erheblicher Unsicherheit auf dem Markt – so das Hauptargument. Es sei nicht erforderlich, das die FCC das „Internet“ regule. Eine andere rechtliche Möglichkeit ist, dass die FCC Regulierungskompetenz nach dem nicht für Carrier geltenden weiter gefassten Titel I

Rezensionen Tagungsberichte Termine Rezensionen Tagungsberichte

NEU AUF DER HOMEPAGE

www.mmr.de

Rezensionen

- Prof. Dr. Thomas Hoeren Serge Gutwirth / Yves Poulet / Paul De Hert / Cécile de Terwangne / Sjaak Nouwt (Eds.), *Reinventing Data Protection?*, Springer Netherlands 2009, ISBN 978-1-4020-9497-2, € 149,75
- Dr. Felix B. Hüsken Matthias Steegmann, *Die Haftung der Basisinfrastruktur bei rechtswidrigen Internetangeboten, Baden-Baden (Nomos) 2010, ISBN 978-3-8329-5290-7, € 59,-*
- Thorsten Ricke Thorsten Attendorn, *Die Regulierungsbehörde als freier Marktgestalter und Normsetzer?*, Möhnese (Energies Verlag Thorsten Attendorn) 2008, ISBN 978-3-941068-00-1, € 49,-

Termine + Termine + Termine + Termine + Termine + Termine + Termine

MMR FOKUS

des Telecommunications Act für sich für den breitbandigen Internetzugang (z.B. i.R.d. laufenden Verfahrens zum US-Breitbandplan – ebenfalls als Annexkompetenz) reklamiert. Ob das Urteil diesen Weg rechtlich zulässt, ist allerdings sehr fraglich. Als dritter Weg könnte eine Strategie der FCC Früchte tragen, die Regelungskompetenz für Breitband sozusagen scheinbarweise zu reklamieren (z.B. für den Bereich des Universaldienstes oder des Verbraucherschutzes) – weitere Gerichtsverfahren mit ungewissem Ausgang wären die Folge. Dies könnte, so die

Kalkulation der Befürworter der Regelung der Netzneutralität, den Gesetzgeber anspornen, das wichtige Terrain nicht einigen wenigen Berufungsrichtern zu überlassen und die Kompetenz per Gesetz zu erweitern.

■ Vgl. hierzu auch in der Washington Post unter: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2010/04/06/AR2010040601797.html?hpid=topnews>.

Dr. Axel Spies
ist Rechtsanwalt bei Bingham McCutchen in Washington DC und Mitherausgeber der Zeitschrift MMR.

Dieser Umstand allein genügt aber für die Annahme einer Verletzung noch nicht. Vielmehr muss nach der Rechtsprechung des *EuGH* eine Beeinträchtigung der herkunftshinweisenden Funktion der Marke hinzukommen.

Eine solche Beeinträchtigung ist nach Ansicht des *EuGH* im Fall der Werbung mit AdWords dann gegeben, wenn in der Anzeige des Dritten suggeriert wird, dass zwischen diesem Dritten und dem Markeninhaber eine wirtschaftliche Verbindung besteht. Gleiches soll auch dann gelten, wenn ein normal informierter und angemessen aufmerksamer Internetnutzer auf der Grundlage des Werbelinks und der ihn begleitenden Werbebotschaft nicht erkennen kann, ob der Werbende im Verhältnis zum Markeninhaber eigenständiger Dritter oder aber mit diesem wirtschaftlich verbunden ist.

Der Werbetreibende muss also durch die Gestaltung seiner Anzeige deutlich machen, dass er nicht mit dem Markeninhaber wirtschaftlich verbunden ist, will er eine Markenverletzung vermeiden.

Thomas Stadler **EuGH: Google verletzt mit AdWords keine Markenrechte**

MMR-Aktuell 2010, 301002

Der *Europäische Gerichtshof* hat mit U. v. 23.3.2010 (Rs. C-236/08, C-237/08, C-238/08 – Google und Google France, MMR 2010, 315 – in diesem Heft) sowie mit U. v. 25.3.2010 (Rs. C-278/08 – Berg-Spechte, MMR 2010, 313 – in diesem Heft) zu einer für die Internet- und Suchmaschinenwerbung zentralen Streitfrage Stellung genommen. Ob und inwieweit durch das Werbeprogramm „AdWords“ des Suchmaschinenanbieters *Google* Markenrechte Dritter verletzt werden können, war jahrelang in Europa umstritten. Der *EuGH* beantwortet nunmehr drei diesbezügliche Vorlagefragen des französischen *Cour de Cassation* sowie des *ÖOGH* zu *Google AdWords*. Über die Vorlage des *BGH* (MMR 2009, 326 m. Anm. Hoeren – Bananabay) wird der *EuGH* in nächster Zeit ebenfalls noch zu entscheiden haben.

Das AdWords Programm von *Google* eröffnet Werbetreibenden die Möglichkeit, bei *Google* eigene Werbeanzeigen zu erstellen, die dann bei Suchmaschinenanfragen der Nutzer neben den Trefferergebnissen der Suchmaschine eingeblendet werden. Die Einblendung erfolgt grundsätzlich dann, wenn die vom Nutzer verwendeten Suchbegriffe denjenigen Keywords entsprechen, die der Werbetreibende für seine Anzeigen selbst angegeben hat. Bei der Auswahl entsprechender Schlüsselbegriffe ist es naheliegenderweise auch sehr beliebt, fremde Marken oder Unternehmenskennzeichen zu verwenden, um dadurch bei Eingabe

entsprechender Suchbegriffe auf die eigene Werbung aufmerksam zu machen. Der *EuGH* beantwortet hierzu verschiedene Vorlagefragen, nämlich die nach der Rechtsverletzung durch den Werbetreibenden, nach der Markenrechtsverletzung durch *Google* sowie der sich hieran anschließenden Frage, ob *Google* für eine Rechtsverletzung seines Kunden verantwortlich ist oder sich insoweit auf die Privilegierung des sog. Hostings nach Art. 14 der ECRL berufen kann.

1. Rechtsverletzung durch den Werbetreibenden

Der *EuGH* führt zunächst aus, dass der Werbende, der die Dienstleistung von *Google* in Anspruch nimmt und als Schlüsselwort ein mit einer Marke eines Dritten identisches Zeichen auswählt, dieses Kennzeichen damit auch markenmäßig benutzt. Denn aus der Sicht des Werbenden wird nach Auffassung des *Gerichtshofs* mit der Auswahl des mit der Marke identischen Schlüsselworts bezweckt und bewirkt, dass ein Werbelink zu der Website gezeigt wird, auf der er seine Waren und Dienstleistungen anbietet. In dieser Situation ist für den *EuGH* entscheidend, dass das Schlüsselwort gerade deshalb ausgewählt worden ist, um den Internetnutzern eine Alternative zu den Waren oder Dienstleistungen dieses Markeninhabers vorzuschlagen, woraus nach Ansicht des *EuGH* eine markenmäßige Benutzung resultiert.

2. Markenrechtsverletzung durch Google

Nach Ansicht des *EuGH* liegt allein in dem Service von *Google* noch keine markenmäßige Benutzung geschützter Kennzeichen. Die Schaffung der technischen Voraussetzungen für die Benutzung eines Zeichens, und sei es durch eine vergütungspflichtige Dienstleistung, bedeutet nach Ansicht des *EuGH* nämlich nicht, dass der Erbringer der Dienstleistung dieses Zeichen selbst benutzt. Eine Markenrechtsverletzung durch *Google* scheidet damit aus.

3. Verantwortlichkeit von Google für die Markenrechtsverletzung seiner Kunden

Mit der Feststellung, dass *Google* selbst die Rechte des Markeninhabers nicht verletzt, ist allerdings noch nicht zwingend geklärt, ob *Google* nicht dennoch für die Rechtsverletzung des Kunden haftbar gemacht werden kann. In Deutschland würde dies die Frage der Störerhaftung betreffen oder einer deliktischen Haftung wegen Verletzung von Verkehrspflichten. Der *EuGH* prüft in seiner Entscheidung (C-236/08 – C-238/08), ob sich *Google* für seinen Dienst AdWords auf die Haftungsprivilegierung nach Art. 14 der ECRL – die deutsche Umsetzung findet