

# MMR FOKUS

seiner Mitglieder mitgewirkt, da sie keine Kenntnis von den konkret drohenden Rechtsverletzungen auf ihrer Handelsplattform gehabt habe. Sie hafte auch nicht als Gehilfin wegen pflichtwidrigen Unterlassens.

Relevant sind die Feststellungen zur Zumutbarkeit einer Erfolgsabwendung von eBay. Entgegen der Auffassung des *Berufungsgerichts* können eBay keine proaktiven manuellen Kontrollen abverlangt werden, wenn die Verdachtsfälle durch die genutzte Filtersoftware nicht aufgespürt werden können. Interessant ist, dass das *Berufungsgericht* als maßgebliche Zumutbarkeitskriterien das Provisionsinteresse des Plattformbetreibers an den Erlösen der Verkäufe, die Erheblichkeit der fortdauernden Rechtsverletzungen, die Kosten für die manuelle Nachkontrolle und deren Verhältnis zu den erwarteten Umsätzen angesehen hatte (wozu eBay nicht vorgetragen hatte). Der *BGH* hat demgegenüber auf das VerI-Programm abgestellt, welches dem Markeninhaber eine selbständige Überprüfung von Markenrechtsverletzungen ermöglicht. Als entscheidend hat der *BGH* angesehen, dass – im Fall einer Verurteilung – angesichts einer ausufernden Verpflichtung zu manuellen Bildvergleichen in einer Vielzahl von Fällen das Geschäftsmodell von eBay in Frage gestellt wird.

## 2. Störerhaftung

Von grundsätzlicher Bedeutung sind auch die Feststellungen zur Störerhaftung. Diese erfordert eine adäquat-kausale Mitwirkung an der Rechtsverletzung, eine Abwendungsmöglichkeit und die Verletzung einer Prüfungs- und Überwachungspflicht. Hatte das *Berufungsgericht* insoweit etwas provokativ die rechtliche Relevanz des Instituts der Störerhaftung angesichts der angenommenen Täterschaft bzw. Beihilfe in Zweifel gezogen (vgl. auch: *Köhler*, GRUR 2008, 1 ff.), stellte der I. *Zivilsenat* – fast beiläufig und ohne weitere Begründung – fest, dass eine solche in Fällen des Verhaltensunrechts, insbesondere für das Wettbewerbsrecht, nicht in Betracht komme. Die Differenzierung nach der Inanspruchnahme als Täter oder Störer gilt aber weiterhin bei Verletzung von absoluten Schutzrechten und ist grundsätzlich auch auf Verletzungen sonstiger absoluter Rechte wie Persönlichkeitsrechtsverletzungen (vgl. *BGH* MMR 2007, 518 – Meinungsfo-

rum; ferner *BGH* MMR 2009, 752, 753) übertragbar.

## III. Auswirkungen des Urteils

Betreiber von Internet-Handelsportalen können aufatmen, hatte das *Berufungsgericht* ihnen doch sehr weitgehende proaktive Prüfungspflichten auferlegt. eBay haftet mithin als Störer im Hinblick auf Markenrechtsverletzungen ihrer Mitglieder, soweit sie ihren Prüfungspflichten nach einem Hinweis auf eine offensichtliche Rechtsverletzung einschließlich des Hinweises, woraus sich ein Handeln des jeweiligen Anbieters im geschäftlichen Verkehr ergibt, nicht nachkommt.

Rechtsinhaber sind daher weiterhin gehalten, Markenrechtsverletzungen selbst – ggf. mittels eines entsprechenden Programms – aufzuspüren und dem Internet-Plattformbetreiber mitzuteilen. Weitergehende vorbeugende Prüfungspflichten als die Verwendung eines Schlagwortfilters und von Stichprobenkontrollen können regelmäßig vom Plattformbetreiber nicht verlangt werden. Denn nach Ansicht des *BGH* stellt es für eBay einen unzumutbaren Aufwand dar, durch einen manuellen Abgleich sämtliche Auktionen daraufhin zu überprüfen, ob unter den Marken der Originalerzeugnisse Plagiate oder Fremdfabrikate

angeboten werden, weil es deren Geschäftsmodell gefährdet.

Wie das Urteil weiter zeigt, kommt dabei auch dem Merkmal des Handelns im geschäftlichen Verkehr besondere Bedeutung zu. Eine Verantwortung von eBay setzt dabei voraus, dass für sie ein (tatsächliches) Handeln des Anbieters im geschäftlichen Verkehr erkennbar ist (*BGH* MMR 2008, 702 Rdnr. 34 ff. und Rdnr. 51 – Internetversteigerung III). Diese Erkennbarkeit kann sich auch auf Grund von außerhalb des Angebots liegenden Umständen ergeben, wie etwa dem wiederholten Auftreten des Verkäufers oder dem wiederholten Anbieten von gleichartigen, insbesondere neuen Gegenständen. Insoweit ist aber der Markeninhaber darlegungs- und beweisbelastet. Offen bleibt jedoch weiterhin, unter welchen Umständen von einer „klaren“ Rechtsverletzung auszugehen ist. Ferner hat der *Senat* leider offen gelassen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Gehilfenhaftung von eBay in Betracht zu ziehen ist, wenn sie Prüfungspflichten nachhaltig verletzt (vgl. *BGH* MMR 2004, 668, 670 m. Anm. *Hoeren* – Internetversteigerung I; *BGH* MMR 2007, 507, 509 m. Anm. *Spindler* – Internetversteigerung II).

**Gabriele Engels, LL.M.**,  
ist Rechtsanwältin bei JONAS Rechtsanwalts-  
gesellschaft mbH in Köln.

## Axel Spies USA: Neue FCC-Order zur Netzneutralität

MMR-Aktuell 2011, 313008

Die fünf Kommissare der *Federal Communications Commission* (FCC) haben am 21.12.2010 eine Order zur Netzneutralität mehrheitlich mit 3 gegen 2 Stimmen beschlossen. Es gilt als ziemlich sicher, dass die Order vor Gericht angefochten werden wird. Möglicherweise setzt auch der im Januar 2011 neu zusammengesetzte *US-Kongress* die neuen Regeln per Gesetz außer Kraft. Entsprechende Anhörungen im *Repräsentantenhaus* haben schon begonnen.

### I. Die drei Grundregeln der Order

**Regel 1 – Transparenzgebot:** Jeder Betreiber von Breitband-Internetzugang muss den Nutzern offenlegen, wie er sein Netz verwaltet (network management

policy), einschließlich einer Leistungsbeschreibung (performance characteristics). Dieses Transparenzgebot gilt für den mobilen Breitbandzugang wie für die Breitband-Festnetzanbieter.

**Regel 2 – Blockierungsverbot:** Inhalte, deren Verbreitung kein gesetzliches Verbot verletzen (any legal internet sites or services) oder die von Geräten stammen, die dem Netz nicht schaden (non-harmful devices), dürfen vom Netzbetreiber nicht blockiert werden. „Vernünftiges Netzmanagement“ (reasonable network management) ist erlaubt. Die FCC definiert diesen Begriff weit. Beobachter ziehen den Umkehrschluss, dass Inhalte, die gegen das Urheberrecht verstoßen, blockiert werden dürfen. Für die mobilen Breitbandanbieter gilt diese Verpflich-

tung nur eingeschränkt. Mobile Breitbandanbieter dürfen jedenfalls den Zugang zu Webseiten und Diensten nicht blockieren, die Angebote anbieten, die mit Angeboten der mobilen Anbieter konkurrieren.

**Regel 3 – Nichtdiskriminierung der Inhalte durch die Netzbetreiber:** Dieses generelle Prinzip schließt nach Aussage des FCC-Vorsitzenden *Genachowski* das Prinzip mit ein, dass die Netzbetreiber nicht verschiedene Tarife für unterschiedliche Zugangsgeschwindigkeiten zu bestimmten Inhalten anbieten dürfen. Z.B. dürfte die Suchmaschine A nicht den Netzbetreiber dafür bezahlen, dass Anfragen und Inhalte von und zur Suchmaschine A vor dem Internetverkehr zur Suchmaschine B transportiert werden. Eine solche Priorisierung gegen Zahlung (Paid Prioritization) sei vom Grundsatz her mit dem Prinzip des „Offenen Internet“ nicht vereinbar. Allerdings müsse dies im Einzelfall beurteilt werden. Die FCC will hierfür ein besonders zügiges Überprüfungsverfahren (Rocket Docket) einrichten. Unterschiedliche generelle Tarifstaffelungen, je nach Verbrauch des Nutzers unabhängig vom Inhalt, sind ihnen bis auf weiteres erlaubt (sog. „Tiering“). Die nur wenige Tage nach der Abstimmung veröffentlichte Order (FCC-Order – Preserving the Open Internet Broadband Industry Practices, GN Doc. No. 09-191, CC Doc. No. 07-52, Adopted: December 21, 2010, Released: December 23, 2010; insgesamt 194 Seiten m. zahlreichen Nw.) enthält einige wichtige Ausführungen zum Thema VoIP-Blocking, das u.U. unter die o.g. Regel 2 fällt.

## II. Zusammenfassung der Argumentation der FCC

Einleitend führt die FCC aus, dass die in der Order genannten Gefahren für die Netzneutralität nicht nur theoretischer Natur sind – gerade auch, was die Behinderung von VoIP angeht. Diese Passagen sind deswegen besonders ausführlich, weil die Befugnisse der FCC in diesem Sektor bei einer bloßen abstrakten Gefahr sehr umstritten sind. Die FCC zitiert als Belege die 2009 begonnene und immer noch nicht abgeschlossene FCC-Untersuchung gegen *Comcast* (einen großen Kabelanbieter) und ihr Madison River Dekret aus dem Jahre 2005. Sie verweist auch auf eine mittlerweile gütlich beige-

legte Class Action gegen die Netzbetreiber *RCN*, in dem es um die P2P-Netzmanagement-Praxis des Unternehmens sowie um die Blockierung von Bit Torrent-Applikationen ging. Hierzu beruft sich die FCC auch auf eine Studie des deutschen *Max-Planck-Instituts* aus dem Jahre 2008 (Fußn. 111 der Order).

Was das Thema VoIP betrifft, stellt die FCC in der Order gleich zu Beginn (Rdnr. 22) klar, dass zusammengeschaltete VoIP-Dienste, also VoIP als öffentliche Telefonie zu und von öffentlichen Netzen, immer weiter Boden gegenüber den traditionellen TK-Diensten gutmachen. In manchen Fällen sind sie schon ein Substitut für die traditionelle Telefonie – so die FCC. Die FCC nennt in diesem Zusammenhang besonders den Anbieter *Skype* und erläutert, dass das „immense Verkehrsvolumen“ von *Skype* der vergangenen sechs Jahre zumindest teilweise auf Kosten der traditionellen TK-Anbieter erzielt worden sei (Fußn. 50). Diese mit den öffentlichen TK-Netzen verbundenen Dienste benötigen, so die FCC, schnelle Breitbandverbindungen, um richtig zu funktionieren. Die FCC verweist auf Versuche einiger Mobilfunkbetreiber, den drahtlosen P2P-Datenaustausch und VoIP in ihren Netzen in den AGB zu unterbinden (*MetroPCS*, *MetroWEB Terms of Use*). In Rdnr. 75 führt die FCC aus, dass die Behinderung von VoIP-Diensten auf Breitbandnetzen schädlich für den Wettbewerb ist und verhindert, dass der Endnutzer Dienste seiner Wahl über die Breitbandnetze nutzen kann. Diese Möglichkeit der Behinderung schließe auch die Verlangsamung solcher Dienste auf den Netzen ein.

In Rdnr. 101 der Order stellt die FCC fest, dass eine Reihe von Kommentatoren und Industrievertretern sich dafür ausgesprochen hat, den Mobilfunkanbietern die Diskriminierung von VoIP-Diensten zu verbieten. Die FCC zitiert interessanterweise u.a. als Beleg die neue EU-Regulierungsbehörde *GEREC* bzw. *BEREC* (Body of European Regulators for Electronic Communications), die in ihrer Kommissionseingabe zur Netzneutralität v. 9.11.2010 eine Reihe von solchen Diskriminierungsfällen für VoIP festgestellt habe. Die FCC führt aus, dass sie auf Grund von Sec. 706(a) Communications Act die Befugnis habe, die Blockierung und Verlangsamung der Übertragung von VoIP-Diensten und Online-Videodiensten zu

untersagen. Ausreichend für ein Verbot sei schon das „Potenzial“ einer Wettbewerbsbeschränkung in den TK-Märkten (Rdnr. 120). In diesem Zusammenhang stellt die FCC fest, dass damit nicht entschieden ist, ob die VoIP-Anbieter selbst „Carrier“ i.S.d. Communications Act sind. Maßnahmen zur Blockierung oder Verlangsamung von VoIP würden u.a. gegen die Vorschriften zur Zusammenschaltung und Offenhaltung der Netze gem. Sec. 251(a)(1) Communications Act verstoßen. VoIP-Dienste müssten verlässlich und effizient über die Breitbandnetze übertragen werden – innerhalb des Staatsgebiets und von und nach den USA (Rdnr. 126). Anderenfalls wären nicht nur die VoIP-Nutzer, sondern die Nutzer des öffentlichen Telefonnetzes in ihrer Kommunikationsfähigkeit behindert, da sie VoIP-Nutzer nicht mehr erreichen können.

## III. Fazit und Ausblick

Die Order zeigt, dass die FCC durchaus bereit ist, Erfahrungen aus Europa (z.B. von *BEREC/GEREC*) oder Studien in ihre Entscheidungen mit einzubeziehen. Das ist nicht selbstverständlich. Sie hat klar erkannt, dass es sich bei VoIP um ein globales Geschäft handelt. Allerdings ist wahrscheinlich, dass die traditionellen TK-Anbieter trotz der Order Mittel und Wege finden, VoIP-Dienste zu behindern, da die Definition des erlaubten „vernünftigen“ Netzmanagements in der Order sehr weit gefasst ist. Im Wortlaut: „A network management practice is reasonable if it is appropriate and tailored to achieving a legitimate network management purpose, taking into account the particular network architecture and technology of the broadband Internet access service. Legitimate network management purposes include: ensuring network security and integrity, including by addressing traffic that is harmful to the network; addressing traffic that is unwanted by end users (including by premise operators), such as by providing services or capabilities consistent with an end user's choices regarding parental controls or security capabilities; and reducing or mitigating the effects of congestion on the network.“ (Rdnr. 82).

Wie die Abgrenzung zwischen einer verbotenen VoIP-Diskriminierung und dieser Definition z.B. zur Vermeidung einer Netzüberlastung zu ziehen ist, steht noch in den Sternen. Die Regulierungsbehör-

# MMR FOKUS

den in der EU, die mit der FCC ohnehin in ständigem Kontakt stehen, werden insbesondere diese Passagen der Order genau lesen. Auf jeden Fall ist die Order ein weiterer Schritt auf dem Weg der Gleichstellung von VoIP-Diensten mit traditionellen TK-Anbietern.

■ Vgl. auch *Spies*, MMR-Aktuell 2010, 312175; *Spies/Ufer*, MMR 1/2011, 13; ferner *Spies*, MMR-Aktuell 2010, 297792; MMR-Aktuell 2010, 309064 und MMR-Aktuell 2010, 304755.

**Dr. Axel Spies**

ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Bingham McCutchen, Washington DC, und Mitherausgeber der MMR.

## Christian Arlt BVerfG: Verfassungswidrigkeit der BGH-Entscheidung „Drucker und Plotter“ MMR-Aktuell 2011, 313015

Digitale Medien prägen als mittlerweile weitgehend globales Phänomen zunehmend unseren Alltag. Zugleich wurde wohl niemals mehr (digital) vervielfältigt als heute, wobei der fortschreitende Siegeszug des Internet wie ein Katalysator wirkt. Berechtigt ist daher die Frage, wie Urheber entsprechender Inhalte an deren wirtschaftlichen Ausbeutung angemessen zu beteiligen sind. Vor diesem Hintergrund ist der Beschluss des BVerfG (MMR 2010, 767) zur urheberrechtlichen Abgabe auf Drucker und Plotter zu sehen, mit welchem an den BGH (MMR 2008, 245) zurückverwiesen wurde.

Die Thematik hat mit Blick auf die sog. Urheberrechts-RL (RL 2001/29/EG vom 22.5.2001) insbesondere auch eine europäische Dimension, was sich erst kürzlich in einem aktuellen Urteil des EuGH (MMR 2010, 828) zeigte, der sich mit einer artverwandten Fragestellung aus dem spanischen Rechtskreis zu befassen hatte. Der EuGH fordert hierbei grundsätzlich einen Zusammenhang zwischen einer Abgabe auf ein Gerät und dessen mutmaßlichen Gebrauch zum Zwecke privater Vervielfältigungen. Abgaben sind demnach jedenfalls dann nicht mit der Urheberrechts-RL vereinbar, wenn die betroffenen Geräte eindeutig anderen Verwendungen als der Anfertigung von Privatkopien vorbehalten sind.

Nach aktueller Rechtslage dürften Drucker und Plotter in Deutschland mittlerweile zweifelsfrei als vergütungspflichtige Geräte zu qualifizieren sein (s. u.a. *Loewenheim*, in: Schriker/Loewenheim, Komm., 4. Aufl. 2010, § 54 Rdnr. 14): Mit Wirkung zum 1.1.2008 hat der Gesetzgeber das System der Pauschalvergütung in den §§ 54 ff. UrhG neu gestaltet, sodass die §§ 54, 54b UrhG nunmehr vorsehen, dass der Urheber eines Werks, nach dessen Art zu erwarten ist, dass es

nach § 53 Abs. 1 bis 3 UrhG vervielfältigt wird, gegen Hersteller, Händler und Importeure von Geräten und von Speichermedien, deren Typ allein oder in Verbindung mit anderen Geräten, Speichermedien oder Zubehör zur Vornahme solcher Vervielfältigungen benutzt wird, Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Vergütung hat. Inzwischen sind Geräte demnach selbst dann vergütungspflichtig, wenn sie sich ausschließlich als Teil einer Funktionseinheit i.V.m. anderen Geräten bzw. Komponenten zur Vervielfältigung eignen. Dies ist für Drucker und Plotter einschlägig. Die besagte Entscheidung des BVerfG erfasst allerdings Alt-sachverhalte, da aus prozessrechtlichen Gründen in der Sache über einen Sachverhalt lediglich mit Bezug zum Jahr 2005 und früher und somit auf Basis der bis zum 31.12.2007 geltenden Urheberrechtslage zu befinden war.

Zunächst rügt das *Gericht* eine Verletzung des Rechts der Beschwerdeführerin auf ihren gesetzlichen Richter i.S.d. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. Der BGH habe sich trotz der Regelungen in Art. 5 Abs. 2 der europäischen Urheberrechts-RL nicht mit einer Vorlage der Angelegenheit an den EuGH auseinandergesetzt. Jedenfalls auf Basis der (internationalen) Rechtsentwicklung im Zeitpunkt der Beschlussfassung dürfte den Ausführungen des BVerfG insoweit allenfalls wenig hinzuzufügen sein.

Das BVerfG bezieht aber auch dahingehend Stellung, der BGH habe das in Art. 14 GG konstituierte Grundrecht der Eigentumsgarantie zu Gunsten betroffener Urheber (vgl. BVerfGE 31, 229, 238 f.; BVerfGE 77, 263, 270) nicht ausreichend bzw. nicht sachgerecht berücksichtigt. Ob das tatsächlich so ist, kann man jedoch durchaus kontrovers sehen. Die einfachgesetzlichen Normen des UrhG stel-

len und stellten auch im vorliegend maßgeblichen Zeitraum vor dem 1.1.2008 (UrhG a.F.) das Grundrecht ausgestaltende Inhalts- und Schrankenbestimmungen i.S.d. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG dar. Nicht zuletzt, da die streitgegenständliche Thematik dem Gesetzgeber bereits vor Verabschiedung des sog. „Zweiten Korbs“ bekannt war, er indes für diesen vergangenen Zeitraum keine – jedenfalls keine explizite – Rechtsgrundlage für eine Abgabe konkret auf Drucker und Plotter kodifiziert hatte, ging der gesetzgeberische Wille offenbar dahin, dass solche Abgaben früher gerade nicht existieren sollten. Andernfalls wäre die einschlägige Novellierung der Urheberrechtsabgaben wohl schlicht teilweise überflüssig und mithin nur bedingt sinnvoll gewesen. Ferner geht dies einher mit der i.R.d. Novelle verfolgten Zielstellung: Unter dem UrhG n.F. sollte ab dem 1.1.2008 die Anpassung der Vergütung an den Stand der Technik gewährleistet sein. Im Umkehrschluss bedeutet auch dies, dass eine Abgabepflicht auf Komponenten wie z.B. Drucker und Plotter für den relevanten Zeitraum eben nicht bestand. An diesen klaren Indizien könnte allenfalls eine eindeutige Aussage des Novellierungsgesetzgebers etwas ändern, soweit die Neufassung demnach lediglich der Klarstellung, nicht indes einer Änderung der einschlägigen Rechtssituation dienen sollte. Ein solches Statement findet sich in den Gesetzesmaterialien allerdings nicht. Eher deuten die Gesetzesmaterialien in die Gegenrichtung, sprechen also durchaus auch für die beabsichtigte Rechtsänderung (vgl. BT-Drs. 16/1828, S. 28 f.). Erfolgen sollte demnach eine einschlägige Änderung der materiellen Rechtslage, kurzum: die Einführung der bis dahin nicht bestehenden Abgabepflicht auf Drucker und Plotter. Der Wille des früheren Gesetzgebers zum UrhG a.F. ist indes zu respektieren und nicht im Wege der Auslegung durch die Rechtsprechung letztlich in sein Gegenteil zu verkehren. Dies würde die Grenzen zulässiger Gesetzesauslegung überstrapazieren.

Was die Entscheidung für das anhängige Parallelverfahren des BVerfG zu Abgaben auf PCs (Az.: 1 BvR 506/09), also für die Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des BGH (MMR 2009, 182 ff.) bedeutet, kann man derzeit freilich nur spekulieren. Ob das BVerfG seine in Sachen Drucker und Plotter geäußerten Bedenken mit