

schäftsgebiete sowie ausländischer Tochtergesellschaften in die Berechnung der BNetzA mit ein. Dies sind sachfremde Erwägungen, die keinen Bezug zu der zu beurteilenden Risikohaltigkeit von Investitionen in die verfahrensgegenständliche Leistungserbringung, mithin dem eingesetzten Kapital im Sinne von § 31 Abs. 2 S. 1 TKG, aufweisen.

Auch das Ausgangsargument des Gutachters, Investitionsrisiken von Festnetz- und Mobilfunksparten ließen sich nicht mehr hinreichend trennen, geht fehl. Denn mit Ausnahme der BNetzA gelingt dies allen westeuropäischen Regulierungsbehörden ohne weiteres und sie gelangen durchweg zu – zum Teil erheblich – höheren Risikokosten im Mobilfunk.

Spiegelbildlich liegt der WACC für das Festnetz durch die Einbeziehung des risikoreicheren Mobilfunkbereichs zu hoch. Die vereinheitlichte Berechnung führt dort zu einem um 1,5 Prozentpunkte erhöhten Wert gegenüber dem letzten festnetzspezifisch für die Jahre 2009 und 2010 ermittelten Wert.⁴⁰

VI. Bewertung und Ausblick

Insgesamt setzt sich mit den aktuellen Entscheidungen die Tendenz zu immer komplexeren Entgeltgenehmigungen fort. Neue Fragen werfen namentlich die unionsrechtlichen Vorgaben hinsichtlich des Verfahrens, die uneinheitliche Anwendung des betreiberspezifischen Ansatzes im Mobilfunkbereich sowie die neuen Berechnungsmethoden der Frequenzkosten und des Kapitalzinses auf. Insbesondere die methodischen Inkonsistenzen bei den Mobilfunkentscheidungen und der mit der pauschalen Zinsermittlung begonnene Alleingang gegenüber der europäischen Regulierungspraxis bedürfen einer kritischen Überprüfung.

Zwar ist die BNetzA ersichtlich um Vereinfachung bemüht, etwa durch Einführung des EK_n, doch gelingt dies – auch aufgrund außerhalb ihres Einflussbereichs liegender Umstände – kaum. Eine Vielzahl neu aufgeworfener Rechtsfragen erfordert dringend eine höchstrichterliche Klärung, bis zu der erhebliche Unsicherheiten über die regulatorischen Anforderungen und Kompetenzen bestehen bleiben werden. Zugleich wird deutlich, dass das derzeitige TKG mit den unionsrechtlichen Vorgaben und den praktischen Regulierungsanforderungen kaum in Einklang zu bringen ist, woran sich durch die aktuelle TKG-Novelle voraussichtlich nicht viel ändern wird.

Hinsichtlich der Höhe der festgesetzten Entgelte setzt sich der Trend einer strengen Mobilfunkregulierung gegenüber lediglich moderaten Absenkungen bei der TAL fort. Einer Halbierung der Mobilfunkvorleistungsentgelte steht eine Absenkung der TAL um ca. ein Prozent gegenüber. Seit Beginn der Entgeltregulierung im Jahre 1998 sind die TAL-Entgelte um wenig mehr als 20 Prozent gesenkt worden, die Mobilfunkterminierungsentgelte hingegen in wenigen Jahren um mehr als 75 Prozent. Entscheidender Druck auf den Mobilfunk kommt dabei von der Kommission aus Brüssel, die mit ihrer Empfehlung für die Regulierung der Anrufzustellung und der auf diesen Bereich beschränkten selektiven Einführung einer Grenzkostenrechnung bereits die Weichen für weitere Absenkungen und eine Vergrößerung der Diskrepanz zwischen Festnetz- und Mobilfunkregulierung gestellt haben dürfte. Ob eine solche Differenzierung angesichts eines deutlich intensiveren Wettbewerbsumfeldes im Mobilfunk mit vier parallelen Netzen gegenüber weiterhin monopolartigen Verhältnissen mit nur einem Anschlussnetz im Festnetz sachlich gerechtfertigt ist, darf bezweifelt werden.

40 Beschluss BK 3a-10/099 (Fn. 2), S. 53.

Länderreport USA

RA Clemens Kochinke, MCL, Attorney at Law, Washington, DC, USA*

I. Supreme Court-Entscheidungen

Zum Ende der Judikaturperiode 2010 – 2011 legte der Oberste Bundesgerichtshof der Vereinigten Staaten in Washington, DC, mehrere Entscheidungen mit IP-, IT- und Medienbezug vor. Im Fall *i4i v. Microsoft* beantwortete er die Frage der Anfechtbarkeit eines IT-Patents über den Weg der Beweiswürdigungsregeln. Die Würdigung wird von Geschworenen vorgenommen, denen der Richter im amerikanischen Zivilprozess zunächst das anwendbare Recht erklärt. Microsoft regte eine Anweisung an, die das Gericht der ersten Instanz ablehnte: Die erfolgreiche Anfechtung setze eine überwiegende Beweislage voraus. Das Gericht wies die *Jury* hingegen an, nur auf einen klaren und überzeugenden Beweis hin die Anfechtbarkeit zu bejahen. Der *Supreme Court* entschied am 9. 6. 2011 gegen Microsoft für die Anwendbarkeit des Letzteren, anspruchsvolleren Maßstabs.¹ Die Anfechtbarkeit von Paten-

ten wird damit nicht erleichtert, und das Haftungsrisiko für Patentverletzungen bleibt auf dem höheren Niveau. Ebenfalls im Patentrecht entschied das Gericht, dass der ausländische Verletzer eines amerikanischen Patents sich nicht hinter bewusster Unkenntnis verstecken darf. Der Hersteller in China ahmte für ein amerikanisches Unternehmen ein US-patentiertes Produkt nach und holte ein Patentanwaltsgutachten ein. Der Auftrag an den Anwalt verschleierte den Umstand, dass das Original patentiert war. Das Gutachten fiel positiv aus: Der Hersteller nahm die Produktion für die USA auf und glaubte, sich nach dem

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. XII.

1 *Microsoft Corp. v. i4i Ltd. Partnership*, Az. 10-290, <http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/10-290.pdf>. Am selben Tag verkündete das Gericht sein Urteil im Fall *Talk America, Inc. v. Michigan Bell Telephone Co.*, Az. 10-313, <http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/10-313.pdf>, und bestätigte das Primat des amerikanischen Bundesnetzamts, Federal Communications Commission, für die Beurteilungskompetenz beim Verbindungskostenausgleich unter Telefonieanbietern.

Auffliegen der Verletzung hinter dem Gutachten verstecken zu können. Dies wies der Supreme Court im Fall *Global-Tech Appliances v. SEB S.A.*, am 31. 5. 2011 zurück.²

Auf erhebliches Interesse stieß seine wegweisende Entscheidung über die Zulässigkeit des Ausschlusses von Verbrauchersammelklagen gegen Telekomanbieter, deren Verträge eine Schiedsklausel enthalten. Der Supreme Court annullierte die Auffassung des obersten Staatsgerichts von Kalifornien über die Knebelwirkung solcher Klauseln. Forderungen über Kleinstbeträge lassen sich über Sammelklagen effizient einklagen, und Schiedsklauseln können sittenwidrig dem Verbraucher die Durchsetzung von Ansprüchen vereiteln, meint der kalifornische *Supreme Court*. Das Oberstgericht des Bundes sah hingegen die Vorrangstellung des Bundesschiedsgesetzes, *Federal Arbitration Act*, gefährdet. Im Zweifel sei nach dem Willen des Kongresses dem Schiedsverfahren der Vorzug einzuräumen, bestätigte es im Fall *AT&T Mobility LLC v. Concepcion et ux.* am 27. 4. 2011.³

Am 15. 4. 2011 erreichte den Supreme Court der Revisionsantrag in einem strafrechtlichen Tracking-Fall. Die Polizei verfolgte Fahrzeugbewegungen eines Verdächtigen mit einem GPS-Gerät. Die Rechtsprechung für von der Polizei am KFZ montierte Beeper zum Nachspüren ist gefestigt; auch ohne Durchsuchungsbefehl ist ihr Einsatz statthaft. Beim GPS-Gerät stellt sich die Frage nach der zulässigen Beobachtung einer Person, wenn die Daten Mosaikteile über zahlreiche Facetten des Lebens liefern. Der schwerere Eingriff in die Privatsphäre über GPS-Daten ist nach der Auffassung des Untergerichts ohne Durchsuchungsbefehl im Fall *U.S. v. Jones* unzulässig.⁴

II. Plagiate unter Professoren

Als ein Professor seine wissenschaftlichen Entdeckungen veröffentlichen wollte, erfuhr er, dass sein Kollege, mit dem er Studenten und Assistenten austauschte, schneller war und bereits seine Federn trug. Er verklagte ihn wegen der Verletzung seines Urheberrechts und aus weiteren Ansprüchen nach dem einzelstaatlichen *Common Law* über deliktische Handlungen. Vor Gericht scheiterte er ebenfalls, obwohl das Plagiat nachweisbar war.⁵ Die Entdeckung naturwissenschaftlicher Prinzipien führt nicht zur Umsetzung eigener Ideen in ein Werk, wie es das Urheberrecht voraussetzt. Der Wissenschaftler kann seine Berechnungen und sein Werk auf Annahmen fußen lassen, doch kommen solche *Assumptions* nicht einer Idee gleich. Die über das Urheberrecht hinausgehenden Ansprüche konnte auch das Revisionsgericht am 6. 6. 2011 nicht zulassen, da sie vom *Copyright Act* ausgebootet werden: Nach Bundesrecht können nur diejenigen *Common-Law*-Ansprüche neben Copyright-Ansprüchen bestehen, die diese nicht auf andere Weise umschreiben.

III. Programmbündel im Kabel-TV

Die Bündelung von Programmen erregt Verbraucher, die für unerwünschte Kanäle nicht zahlen wollen, und Anbieter, die lokale Sender ungern einbeziehen wollen, weil sie an ihnen nichts verdienen. In dieses Spannungsfeld trat eine Monopolklage gegen Hersteller und Anbieter von bevormundeten Verbrauchern, die in San Francisco das Bundesberufungsgericht des neunten Bezirks der USA am 3. 6. 2011 entschied. Mit der Rüge eines unzulässigen Monopols verlangten sie im Fall *Rob Brantley v. NBC Univer-*

sal, Inc. die Entflechtung der Programmbündel sowie Schadensersatz.⁶ Das Gericht vertritt die Auffassung, die im Rahmen einer Sammelklage geltend gemachten Ansprüche seien nach § 1 *Sherman Act*⁷, des Bundeskartellgesetzes, nicht gegeben. Der Kunde darf sich nicht sein eigenes Programmmenü erstellen und kostensparend auf andere Kanäle verzichten. Die Revision zum Supreme Court in Washington ist wegen der weitreichenden Bedeutung der aufgeworfenen Fragen denkbar.

Fernsehkunden können sich vorerst mit einer neuen Verordnung des Bundesnetzamts trösten: Gehörschonend soll den TV-Sendern untersagt werden, Werbung lauter als Sendungen zu schalten. Es verkündete am 3. 6. 2011 den Regelungsentwurf zur Kommentierung durch Bürger, Programmhersteller und Sender nach dem *Administrative Procedures Act*.⁸ Die Verordnung setzt in 47 *Code of Federal Regulations* 73, 76 das Bundesgesetz *Commercial Advertisement Loudness Mitigation Act* um.

Zuschauer müssen auch nicht mehr damit rechnen, dass ihnen auf zwei Kanälen dasselbe Programm aufgetischt wird. Die Revision im Fall *TMTV Corp. v. Mass Productions Inc.* bestätigte am 13. 6. 2011 eine Urheberrechtsverletzung, als ein Schauspieler erst mit einer Fernsehanstalt eine Programmidee realisierte und sie später bei einem anderen Sender neu umsetzte. Die Idee ist dieselbe, die Umsetzung sklavisch nachgeahmt. Das zweite Werk verletzt die Rechte der ersten Anstalt, erklärt das Gericht mit einer lesenswerten Darlegung der Plagiatsmerkmale.⁹ Der *Copyright Act* schützt nicht die Idee, sondern das Werk als ihre Verwirklichung. Die Umsetzung mit anderen Schauspielern vermeidet nicht die Plagiatsnatur des zweiten themengleichen Werks.

IV. Ausspähen von Kundendaten

Ein Internetdienstleister kontrahierte mit einem Werbedienstleister, der den Kundenverkehr des ISP nach Webseitenaufrufen ausspähte, um in den Ergebnissen die Standardwerbung mit kundenspezifischer Werbung zu ersetzen. Kunden wehrten sich mit einer Klage wegen der Verletzung des bundesrechtlichen Kommunikationsschutzgesetzes und seiner kalifornischen Variante. Die Dienstleister verteidigten sich unter anderem mit dem Argument, das Bundesgesetz würde das einzelstaatliche aushebeln. In der ersten Instanz wies das Bundesgericht des kalifornischen Nordbezirks am 4. 4. 2011 ihre *Preemption*-Einrede ab.¹⁰ Der Bundesgesetzgeber habe keine aus-

2 Supreme Court, 31. 5. 2011 – 10-6, <http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/10-6.pdf>.

3 Supreme Court, 27. 4. 2011 – 09-893, <http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-893.pdf>.

4 615 F.3d 544 (DC Cir. Nov. 19, 2010), <http://ius.tv/lj1> = [http://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/D134E991D7D83EBA852578070071DC43/\\$file/08-3034-1278562.pdf](http://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/D134E991D7D83EBA852578070071DC43/$file/08-3034-1278562.pdf); im Supreme Court: *US v. Maynard*.

5 United States Court of Appeals for the Sixth Circuit, *Ho v. Taflove*, 6. 6. 2011 – 10-2144, http://www.ca7.uscourts.gov/fdocs/docs.fwx/?shofile=10-2144_002.pdf.

6 United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 3. 6. 2011 – 09-56785, <http://ius.tv/lj2> = <http://www.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2011/06/03/09-56785.pdf>.

7 15 USC § 1: Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.

8 *Federal Register*, 3. 6. 2011, Band 76, Heft 107, S. 32116, <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2011-06-03/html/2011-13822.htm>.

9 United States Court of Appeals for the First Circuit, 13. 6. 2011 – 09-1439, <http://www.ca1.uscourts.gov/cgi-bin/getopn.pl?OPINION=09-1439P.01A>.

10 United States District Court for the Northern District of California, *Az. C08-05113*.

schließliche Legislativzuständigkeit ausgeübt. Aufgrund dieser Entscheidung im Fall *Valentine v. NebuAd* müssen sich Dienstleister beim Einsatz von Tracking-Funktionen nicht nur am Bundesgesetz orientieren, sondern auch an den Gesetzen der 50 Staaten und sonstigen Rechtskreise in den USA. Eine Entscheidung, ob eine Verletzung bei diesem Sachverhalt vorlag, steht noch aus. Sowohl für Entwickler als auch Investoren ist die resultierende Rechtsunsicherheit unbefriedigend, während dem Ausspähen ausgesetzte Kunden mehr Optionen behalten, ihre Privatsphäre zu verteidigen.

Das Ausspähen von Kundendaten kann im Arbeitsverhältnis zu strafrechtlichen Folgen führen. Dies gilt jedenfalls, wenn der Arbeitsplatzrechner über die einfache Nutzung für Privatzwecke hinausgeht und vom Arbeitgeber gesteckte Grenzen überschreitet. Am 28.4.2011 entschied das neunte Bundesrevisionsgericht im Fall *United States v. Nosal* gegen den Angeklagten, der über Mitverschwörer die Daten seines Arbeitgebers ausspähte. Die Daten sollten dem Aufbau eines Konkurrenzunternehmens dienen. Das Gericht stimmte der Verteidigung zu, dass eine Kriminalisierung der PC-Nutzung am Arbeitsplatz eine Gefahr darstellt. Doch betrifft der Sachverhalt das unberechtigte Auskunden von Geschäftsgeheimnissen, die der Arbeitgeber unter Beachtung des *Trade Secret*-Rechts mit rechtlichen und faktischen Zugangsschranken schützte. Die Umgehung sei als Verstoß gegen den *Computer Fraud and Abuse Act*, 18 USC § 1030,¹¹ zu werten, urteilte das Gericht in San Francisco.¹² Das *Trade Secret* wird in der Regel durch ein *Non-Disclosure Agreement* oder *Confidentiality Agreement* geschützt, welches auch Bestandteil eines anderen Vertrages sein darf; seine Verletzung wird meist zivilrechtlich verfolgt.

V. Druckwerk rechtswidrig im Internet

Die Feststellung der örtlichen Zuständigkeit beurteilte am 12.5.2011 das Bundesberufungsgericht des zweiten Bezirks der USA in New York City im Fall *Penguin Group (USA) Inc. v. American Buddha*.¹³ Die entscheidende Frage lautete, ob der Schaden am Verlagsort eintritt, wenn ein Druckwerk urheberrechtsverletzend ins Internet gestellt wird. Da die Frage bisher unbeantwortet war, holte das Bundesgericht die Auffassung des einzelstaatlichen Höchstgerichts ein, nach dessen Recht die Zuständigkeitsanknüpfung zu prüfen ist. Der Schadenseintritt bei Verletzungen im Internet erfolgt derart, dass der Schaden am Verlagsort wirkt, folgte das Gericht, selbst wenn im Staat des Verlagsorts niemand das Werk aus dem Internet kopiert und der Verletzer nicht am Verlagsort residiert. Die Gerichte dehnen das Schadenseintrittselement der örtlichen Zuständigkeit bei urheberrechtsverletzenden Druckwerken im Internet nach dem *Long Arm Statute* von New York damit auch auf Forumsfremde aus. Im nächsten Prozessabschnitt muss das Untergericht prüfen, ob die weiteren Tatbestandsmerkmale des *Long Arm Statute* erfüllt sind.

VI. Fotorecht mit DMCA-Rechtsmittel

Der *Digital Millennium Copyright Act* sollte dem Film- und Musikhandel eine einfache Handhabe gegen Urheberrechtsverletzungen im Internet geben und gleichzeitig ISPs und Forenbetreiber vor der Haftung schützen. Wenn Letztere auf wohl begründete Löschungsforderungen reagieren, bleiben sie für die durch ihre Kunden und Besucher

verschuldeten Verletzungen haftungsimmun. Die sonstigen Rechtsfolgen des *Copyright Act* werden nicht eingeschränkt. Der DMCA erweist sich im Vergleich zur Klage als praktisches und kostengünstiges Mittel – ohne die in den USA unbekanntes Geschäftsführung ohne Auftrag mit Kostenerstattungsfolge – zur Beseitigung verletzender Veröffentlichungen durch eine kurze Nachricht an den Betreiber.

Die Anwendbarkeit des Gesetzes erfasst einerseits Werke mit Kopierschutzvorkehrungen, andererseits Werke mit *Copyright Management Information*. Am 14.6.2011 bestätigte das Bundesrevisionsgericht des dritten US-Bezirks die Eignung einer Urhebernotiz am Rand eines Fotos als CMI nach 17 USC § 1202(b).¹⁴ Ein Radiosender hatte einen Fotografen mit Aufnahmen beauftragt; eine setzte der Sender unberechtigt ins Internet, nachdem er den Urhebervermerk am Bildrand abgeschnitten hatte. Das Untergericht wies die Klage ab, weil es eine elektronische Schutzvorkehrung in Verbindung mit dem CMI verlangte. Das Revisionsurteil im Fall *Peter Murphy v. Millennium Radio Group LLC* führt aus, dass der Urhebervermerk als CMI ausreicht und unabhängig von der elektronischen Vorkehrung Schutz erfährt.¹⁵ Etwas untypisch erörtert es dabei nicht nur das amerikanische Recht, sondern auch seinen WIPO-Bezug. Zudem analysiert das Gericht lesenswert die Ausnahme von *Copyright*-Verletzungen nach dem *Fair Use*-Grundsatz im Presserecht. Dieser befreit bei der Senderwerbung nicht von der Haftung.

VII. Revidierte Hot News

Das Urteil über Hot News im Fall *Barclays Capital Inc. v. Theflyon-thewall.com, Inc.*¹⁶ wurde am 21.6.2011, revidiert. Das Urheberrecht des Bundes geht einzelstaatlichen Ansprüchen vor und deckt die Rechtsverletzung bei der Wiedergabe brandheißer Börsenempfehlungen vollständig ab. Der Revisionsbeschluss wird als herber Verlust für Banken und Analysten und als Sieg für die Finanzberichterstattung im Internet bezeichnet. Dritte dürfen ihre Ergebnisse, solange sie nicht kopiert sind, im Rahmen ihrer Berichterstattung ohne die zeitliche Verzögerung weitergeben, die das Untergericht gefordert hatte.¹⁷

11 <http://trac.syr.edu/laws/18/18USC01030.html>.

12 United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 28.4.2011 – 10-10038, <http://ius.tv/1j3>. = <http://www.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2011/04/28/10-10038.pdf>.

13 United States Court of Appeals for the Second Circuit, 12.5.2011 – 09-1739; <http://ius.tv/1j4> = http://www.ca2.uscourts.gov/decisions/isys/query/9181fd9a-22d5-45af-9f30-5511f54949db/2/doc/09-1739_op.pdf.

14 <http://www.copyright.gov/title17/92chap12.html>.

15 United States Court of Appeals for the Third Circuit, 14.6.2011 – 10-2163, <http://www.ca3.uscourts.gov/opinarch/102163p.pdf>.

16 Siehe Kochinke, K&R 2010, 475.

17 United States Court of Appeals for the Second Circuit, 21.6.2011 – 10-1372, <http://ius.tv/hot>.

Hinweise der Redaktion:

Siehe auch die Beiträge von Erd, „Zehn Jahre Safe Harbor Abkommen – kein Grund zum Feiern“, K&R 2010, 624 ff., Rippert/Weimer, „Vergleichende Werbung – eine Gegenüberstellung der Regeln in Deutschland und den USA“, K&R 2007, 302 ff. sowie die Länderreports USA von Kochinke in K&R 2011, 183, K&R 2010, 719, K&R 2010, 475, und K&R 2010, 173.