

nungsmacht nicht entgegensteht,⁵⁵ ist eine bloße Behauptung des BVerwG. Ob sie zutrifft, kann zumindest bezweifelt werden – immerhin bewirkt diese Auslegung nur eine Lockerung der Untergrenze um 2,5 %, so dass ein Fernseh-zuschaueranteil i. H. v. einem Viertel erst einmal erreicht werden muss, damit die KEK crossmediale Phänomene überhaupt in eine Prüfung einbeziehen darf. Daher wäre es m. E. wünschenswert, wenn es zu einer verfassungsgerichtlichen Prüfung des so interpretierten § 26 RStV unter Einbeziehung der übrigen der KEK auferlegten Restriktionen, die das BVerwG unbeanstandet gelassen hat,⁵⁶ käme.

V. Ausblick

Perspektivisch sei zum Abschluss auf Folgendes hingewiesen: Zwar haben die Länder im RStV keine allgemeine publizistische Konzentrationskontrolle geschaffen.⁵⁷ Sie haben indes auch keine ausschließlich auf das Fernsehen bezogene, sondern eine zwar fernsehzentrierte, aber von vornherein crossmediale Sachverhalte mit in den Blick nehmende Regelung geschaffen.⁵⁸ Dass die Länder damit allerdings nur einen Zwischenschritt „auf dem Weg zu einer medienübergreifenden Vielfaltssicherung“⁵⁹ gegangen sind,⁶⁰ macht einen Teil der Probleme bei der Bestimmung der Prüfungskompetenzen der KEK aus.

Und je mehr auf der Basis von Digitalisierung und Konvergenz neue Inhaltsdienste entstehen und vermehrt rezipiert werden sowie Plattformen und plattformähnliche Strukturen sich zu Gatekeepern entwickeln, während immer fraglicher wird, inwieweit die etablierten privatwirtschaftlichen Strukturen im Pressesektor hinreichend Vielfalt gewährleisten, desto mehr geraten die Länder unter verfassungsrechtlichen Druck, es nicht dabei bewenden zu lassen, dass ggf. eine Meinungsmacht auf verwandten medienrelevanten Märkten unberücksichtigt bleibt, wie groß sie auch immer sei,⁶¹ sondern den Weg zur medienübergreifenden publizistischen Vielfaltssicherung zu Ende zu gehen.⁶² Wie bereits gesagt: Um Peanuts geht es dabei nicht.

55 BVerwG, 29. 1. 2014 – 6 C 2.13, K&R 2014, 547, Rn. 43.

56 Vgl. Hain/Wierny, K&R 2012, 645, 647.

57 Vgl. BVerwG, 29. 1. 2014 – 6 C 2.13, K&R 2014, 547, Rn. 32.

58 Hain/Wierny, K&R 2012, 645, 648 f.

59 So der Titel des vierten Konzentrationsberichts der KEK, 2010.

60 Hain/Wierny, K&R 2012, 645, 651.

61 Vgl. BVerwG, 29. 1. 2014 – 6 C 2.13, K&R 2014, 547, Rn. 43.

62 Hain, AfP 2012, 313, 320.

Länderreport USA

RA Clemens Kochinke, Washington DC*

Die heile Welt im Internet gibt es nicht, und US-Gerichte können sie nicht erzwingen, lautet der Tenor mehrerer Entscheidungen im ersten Halbjahr 2014. Nicht jede Unbilligkeit ist justiziabel: Polizisten müssen sich filmen lassen, die Verfolgung von Urheberrechtsbrechern kann rechtsmissbräuchlich sein, und Buchautoren können die Digitalisierungswelle kaum eindämmen.

I. Mit AGB zu 1 Mrd. Dollar Schadensersatz?

Sein Weltbild erschütterten Intifada-Aufrufe bei Facebook, behauptete der mit häufigen Klagen gegen die NSA, Präsidenten und andere Gegner gefeierte Anwalt Klayman¹ und nahm Mark Zuckerberg aufs Korn, weil er trotz seiner und Israels Bitten die Aufrufe nicht sofort vom Netz nahm. Er verlangte eine Milliarde Dollar Schadensersatz, denn Facebook verspreche in den Nutzerbedingungen Abhilfe bei unziemlichem Forumsverhalten. Am 13. 6. 2014 gewann Zuckerberg in der Revision in zwei praxisrelevanten Punkten, die Forenbetreiber mit US-Kunden bei der Gestaltung ihrer AGB und Forenverwaltung beachten sollten. Wenig überraschend stellt das Bundesberufungsgericht der Hauptstadt zunächst fest, dass § 230 des *Communications Decency Act*² dem Unternehmen Facebook, aber auch Zuckerberg persönlich, eine Haftungsimmunität für Erklärungen Dritter, der Forumsbesucher, verleiht. Deren Meinungen muss sich ein Forenbetreiber nicht zurechnen lassen. Der deutsche Ansatz einer Störerhaftung erschiene wie ein judikativer, systemfremder Eingriff in das legislative Vorrecht des Kongresses. Ein Lehrstück ist die gründ-

liche Subsumtion des Gerichts der Immunitätsmerkmale, der Betreibern mehrere Gestaltungsansätze für das USA-Geschäft bietet. Der für sie wichtigste Abschnitt der Entscheidung betrifft die Nutzerbedingungen: Facebook verspricht eine heile Welt, doch garantierte es sie ausdrücklich nicht. Diese Klausel ist wirksam, und Facebooks verzögertes Löschen anstößiger Veröffentlichungen Dritter kann deshalb keine unerlaubte Handlung mit Schadensersatzfolge darstellen, erklärte das Gericht im Fall *Larry Klayman v. Mark Zuckerberg*.³ Eine solche Ausnahme vom Haftungsprivileg schreibe der Bundesgesetzgeber nicht vor.

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

1 Vgl. Kochinke, KR 2014, 179, Abschnitt IX.

2 § 230 enthält Definitionen und dieses Haftungsprivileg:

(c) Protection for „Good Samaritan“ blocking and screening of offensive material.

(1) Treatment of publisher or speaker. – No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider.

(2) Civil liability. – No provider or user of an interactive computer service shall be held liable on account of –

(A) any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or availability of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected; or (B) any action taken to enable or make available to information content providers or others the technical means to restrict access to material described in paragraph (1). <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/47/230>.

3 United States Court of Appeals for the District of Columbia, Washington, DC, <http://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/254D33E032B4D82A8525CF60050AB5F/%24file/13-7017-1497426.pdf>.

II. Muss der Staat störende Daten löschen?

Kein Gericht kann das Internet ausknipsen, erfuhren kalifornische Wahlkampfspender, deren Daten nach dortigem Transparenzgesetz im Internet veröffentlicht werden. Sie halten das Gesetz für verfassungswidrig und verlangen die Löschung und seine Aufhebung: Die Veröffentlichung setze sie Anfeindungen politischer Gegner aus und beeinträchtige damit ihr Grundrecht auf Meinungsfreiheit und politische Beteiligung. Am 20. 5. 2014 verloren sie auch in der zweiten bundesgerichtlichen Instanz. Das Revisionsgericht verwies im Fall *Protectmarriage.com – Yes On 8 v. Debra Bowen* auf das Katze-aus-dem-Sack-Prinzip:⁴ Gerichte erlassen keine unvollstreckbaren Verfügungen. Ein Verbot wäre wie eine Aufhebung des Gesetzes angesichts der Natur des Internets fruchtlos und unvollstreckbar. Was einmal im Internet ausgestrahlt ist, lässt sich nicht wieder einsammeln. Ein Verbot wäre sinnlos, und dafür dürfen sich Gerichte nicht hergeben, selbst wenn die Sorge der Antragsteller berechtigt wäre.

III. Schutz auch für Blogschreiber

Nicht nur Internetdienstleister, die als Forenverwalter auftreten, sondern auch Autoren wie Blogschreiber und Forenbesucher genießen – allein zur Vermeidung unsinniger Maßnahmen – Schutz vor gerichtlichen Eingriffen. Gerichtliche Verfügungen gegen sie können berechtigt sein, doch darf ein Gericht die Abhilfe verweigern, wenn sie wie eine unsinnige Belastung wirkt. Diese Abwägung traf das kalifornische Berufungsgericht des zweiten Bezirks im Fall *Digital Music News LLC v. Superior Court of Los Angeles County* am 14. 5. 2014.⁵ Die Klägerin focht einen gerichtlichen Offenlegungsbeschluss an, der sie zur Aufhebung der Forenbesucheranonymität verpflichtete, damit ein Besucher in einem New Yorker Prozess über das urheberrechtliche Haftungsprivileg nach dem *Digital Millennium Copyright Act* als Zeuge vernommen werden kann.

Das Gericht teilte beide Einwände der Klägerin: Erstens werde die Privatsphäre des kommentierenden Kunden verletzt. Zweitens sei seine Verwendung als Zeuge unsinnig. Die zu erwartenden Aussagen hätten keinen Beweiswert, da sie bereits als falsch bekannte Informationen aus dem Internet aufgriffen. Dass das Internet keine zuverlässige Informationsquelle sei, sei gerichtsbekannt. Spekulativer Unsinn befruchte im Leben wie im Internet Innovationen und neue Ideen. Hier wie dort dürfe man nicht alles für bare Münze nehmen.⁶ Das gilt auch für das Beweisausforschungsverfahren, das nicht grenzenlos jede potentielle Beweisquelle ausschöpfen dürfe.

IV. Autoren drängen digitalisierte Werke zurück

Einen Teilerfolg erzielten Autoren, deren von Google für Universitätsbibliotheken digitalisierte Werke nur eingeschränkt in maschinenlesbarem Format und als Ablichtungen verwertet werden, im Fall *Authors Guild v. HathiTrust*. Vor einem halben Jahr hatte ein erstinstanzliches Bundesgericht in zwei aufsehenerregenden Entscheidungen enthusiastisch den Wert der Digitalisierung als Fair Use nach § 107 *Copyright Act*⁷ gewürdigt.⁸ Eine dieser Entscheidungen hob das Revisionsgericht am 10. 6. 2014 teilweise auf.⁹ Google bearbeitet die Bücher und behält eine Kopie, doch die Werke gehören den Universitäten, die sie lediglich auf zweierlei Weise anbieten: 1) Lesebehinderte erhielten Zugang zu den Digitalkopien; 2) Forscher dürfen

Wortsuchen vornehmen und erhalten Fundstellen, jedoch keine Texte. Zudem bestehen zentrale Sicherungsspeicher an vier Orten.

Das Gericht erörtert die Voraussetzungen des Fair Use, der eine Urheberrechtsverletzung haftungslos stellt, ebenso lesenswert wie die Ursprungsentscheidung und die Begründung im noch der Revisionsentscheidung entgegenstehenden Parallelfall *Authors Guild v. Google*. Beim Merkmal der transformierenden Wirkung, die Künste und Wissenschaft auf eine höhere Ebene hebt, hält es die reine Wert- und Nützlichkeitssteigerung für Leser für unzureichend. Die Wortsuche ist jedoch wissenschaftlich wertvoll und stellt eine Transformation dar. Diese Errungenschaft nimmt den Verfassern zudem nichts. Auch eine Gesamtkopie mindert nicht den wirtschaftlichen Wert eines Werkes. In Verbindung mit der von den Bibliotheken angebotenen begrenzten Nutzung und der mäßigen Anzahl von Kopien ist diese Art der Digitalisierung in der gerichtlichen Abwägung zulässig. Zum selben Schluss gelangt das Gericht bei dem Angebot an Lesebehinderte, die bei Nachweis entsprechender Qualifikationen Zugang zu den Gesamtwerken in beiden Formaten erhalten.

Die Autoren gewinnen bei der Beurteilung der für zwei weitere Zwecke bestimmten Digitalisierung: Der Streit um Fair Use wegen Sicherungskopien als Schutz bei Zerfall oder Verlust von Büchern ist im Untergericht mit einer erweiterten Beweiserhebung erneut zu prüfen. Den Streit um die Digitalisierung verwaister Werke hält das Gericht noch für unreif. Es deutet lediglich an, dass die Methodik der Bibliotheken zur Identifizierung und Auswahl verwaister Werke im Einzelfall mit Fair Use vereinbar sein kann. Ein Signal oder einen rechtlichen Rahmen für Fair Use solcher Werke setzt es nicht.

V. Vernichtender Schlag gegen Porn-Trolls

Einträgliche Geschäfte versprachen sich gescheiterte Juristen mit der Gründung einer Firma, die Pornofilmrechte zur Vollstreckung gegen Kunden sogenannter Tauschbörsen erwirbt. Wenn sie solche Kunden ermitteln kann, werden ihnen moralische Daumenschrauben angesetzt, bis sie sich freikaufen. Das Bundesberufungsgericht der Hauptstadt schob der Firma jedoch im Fall *AF Holdings LLC v. Cox Communications* einen Riegel vor.¹⁰ Die 1058 Subpoena-Auskunftsbegehren an Kommunikationsdienstleister zur Ermittlung persönlicher Daten ihrer Kunden anhand von IP-Anschriften sind eindeutig rechtsmissbräuchlich, nicht nur rechtsfehlerhaft. Die Firma hatte sich nicht einmal bemüht, auf kostenlosem Wege zu ermitteln, ob die Gesuchten dem Gerichtsbezirk zuzuordnen seien.

4 United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, San Francisco, <http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2014/05/20/11-17884.pdf>.

5 Court of Appeal of the State of California, Second Appellate District, Los Angeles, <http://www.citizen.org/documents/CourtOfAppealsOpinionVacatingTrialCourt.pdf>.

6 Die Entscheidung steht in starkem Kontrast zum aus der Sicht amerikanischer Gerichte weltfremden EuGH-Beschluss in Fall *Google v. Gonzales* vom 13. 5. 2014; <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d52792d6c5624c4e3eba77b6905c1b8819.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNbh90?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=54669>.

7 <http://law.justia.com/us/codes/title17/17usc107.html>.

8 S. Kochinke, K&R 2014, 15, mit Erörterung der Voraussetzungen des Fair Use.

9 United States Court of Appeals for the Second Circuit, New York City, http://www.ca2.uscourts.gov/decisions/isysquery/e9dc0b26-a176-4baf-9365-7b621a0f3910/3/doc/12-4547_opn.pdf#.

10 United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, Washington, DC, [http://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/03C24261CF88569785257CE5004E37E0/\\$file/12-7135-1494480.pdf](http://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/03C24261CF88569785257CE5004E37E0/$file/12-7135-1494480.pdf).

Soweit Verletzer über das angerufene Gericht erreichbar seien, fehle eine nachhaltige Beweislage, die den schweren Eingriff in die Rechte der Kunden und den Betrieb der Dienstleister rechtfertige. Das Gericht hält deutliche Worte für das *Copyright Troll Business Model* bereit, das auf Einschüchterung und Ausgleichszahlungen zwischen \$2,000 und \$4,000 ohne klare Rechtsgrundlage beruhe. Die von der Firma eingeleiteten Ermittlungsverfahren dienten nicht der berechtigten Durchsetzung von Rechten, sondern einem auf Drohstrategien beruhenden Geschäft. Selbst das Minimalerfordernis des guten Glaubens über die Beweisverwertbarkeit von Erkenntnissen nach der Beantragung von Ausforschungsmaßnahmen erfülle die Klägerin nicht. Nach einer Analyse des Bittorrent-Protokolls folgert das Gericht zudem, dass die Verbindung mehrerer IP-Anschriften als Platzhalter für potentiell im Prozess verbundene Beklagte, *Joinder*, unzulässig ist. Die Entrüstung des Gerichts ist der Beschlussbegründung vom 24. 5. 2014 ebenso wie wertvolle Lehren für Prozesse um rechtswidrige Übertragungen urheberrechtlich geschützter Werke zu entnehmen.

VI. Grundrecht: Polizisten im Einsatz filmen

Auch im Bereich der Filmdokumentation gibt es Sieger und Verlierer. Aufnahmen mit Drohneneinsatz unterliegen dem in den letzten Monaten drastischer forciertem Verbot der gewerblichen Nutzung dieser Geräte. Das Bundesluftfahrtaufsichtsamt *Federal Aviation Authority* unterbindet ihre Verwendung selbst zur Berichterstattung über Unwetterkatastrophen zur Unterstützung von Rettungseinsätzen. Diverse Medienunternehmen bezogen mit einem *Amicus Curiae*-Schriftsatz¹¹ Stellung gegen die FAA in einem Berufungsverfahren, nachdem die FAA in der ersten In-

stanz gegen einen von ihr mit einem Bußgeld von 10,000 Dollar belegten Drohnenflieger unterlag.¹² Im Mai 2014 ließ die FAA erkennen, dass sie Ausnahmegenehmigungen für einige Filmunternehmen erwägt.

Rechtssicherheit schuf eine die Polizei bei der Ausübung ihres Dienstes filmende Klägerin, die mit einer Schadensersatzklage gegen ihre Festnahme vorging. Sie hatte die Festnahme eines Bekannten dokumentiert. Später am Tatort eintreffende Beamte hatten sie auf einem benachbarten Platz mit der Begründung festgenommen, sie verstoße gegen das einzelstaatliche Abhörverbot.¹³ Anklage wurde nicht erhoben, doch im Zivilprozess *Gericke v. Begin* wurde dieses Verbot im Verhältnis zum ersten Verfassungszusatz geprüft, der bundesweit die Presse- und Meinungsfreiheit garantiert.¹⁴ Am 23. 5. 2014 entschied das Bundesberufungsgericht des ersten Bezirks gegen die Polizisten: Sie dürfen Dokumentarfilmer des Platzes verweisen und Aufnahmen untersagen, wenn dafür eine Notwendigkeit und ausdrückliche Aufforderung besteht, doch gehen ansonsten die Grundrechte dem einzelstaatlichen Gesetz vor, und eine Festnahme wegen nicht im Einzelfall verbotener Aufnahmen ist rechtswidrig.

11 Der *Amicus Curiae Brief* ist ein Schriftsatz einer nicht am Verfahren beteiligten Partei, die dem Gericht mit sachdienlichen Informationen über weit über den Fall hinausreichende Konsequenzen freundlich beisteht.

12 Vgl. *Kochinke*, K&R 2014, 178, Abschnitt II. Im dort angesprochenen Fall entschied das VG gegen die FAA, weil es Drohnen als unregulierte Hobbygeräte einstufte. Die FAA bleibt im Berufungsschriftsatz bei der Einstufung als verbotenes Fluggerät. Alle Schriftsätze sind veröffentlicht: <http://www.nts.gov/legal/pirker.html>.

13 N.H. Rev. Stat. Ann. § 265:4 et seq.

14 United States Court of Appeals for the First Circuit, Boston, <http://media.ca1.uscourts.gov/pdf/opinions/12-2326P-01A.pdf>.

Länderreport Österreich

RA Hon.-Prof. Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), Salzburg*

I. E-Commerce

1. Domainrecht – Tippfehlerdomains

Die spätere Klägerin,¹ eine im Februar 2008 als österreichische Zweigniederlassung eines in England ansässigen Unternehmens protokollierte Ltd., war als Werbeagentur und Werbemittlerin tätig. Sie betrieb das sog. „Mobile Marketing“, d. h. Marketingmaßnahmen unter Verwendung drahtloser Telekommunikation und mobiler Endgeräte mit dem Zweck, Konsumenten möglichst direkt zu erreichen, was hauptsächlich durch Versenden von SMS-Nachrichten geschah.

Die Beklagten erbrachten als Telekommunikationsunternehmen u. a. ebenfalls Dienstleistungen im Bereich des Mobile Marketing. Sie betrieben seit 2. 4. 2009 unter der Internetadresse <http://www.mobile-marketing.at> eine Vermarktungsplattform für Mobile-Marketing-Kampagnen.

Die Klägerin begehrte die Unterlassung der Domainverwendung „mobile-marketing.at“ samt Urteilsveröffentlichung und stützte sich auf §§ 1, 2 und 9 UWG sowie § 43 ABGB. Die in vielen Jahren und mit großem Einsatz

aufgebaute Bezeichnung, die auch Teil ihres Firmenwortlauts wäre, wäre unterscheidungskräftig und würde in den beteiligten Verkehrskreisen Verkehrsgeltung i. S. hoher Bekanntheit genießen.

Die Beklagten wendeten ein, dem Zeichen „MobileMarketing.at“ fehlte es an Unterscheidungskraft.

Das Erstgericht traf – nach Einholung einer IMAS-Umfrage – ergänzend die Feststellungen, dass 40 % der Betriebe und 77 % der Werbeagenturen, die jeweils telefonisch befragt worden waren, den Begriff „Mobile Marketing“ kannten. Nur 6 % der Betriebe und 8 % der Werbeagenturen verbanden mit „Mobile Marketing“ ein bestimmtes Unternehmen und keiner der Befragten stellte mit dem Begriff „Mobile Marketing“ einen Bezug zur Klägerin her. In seiner rechtlichen Beurteilung gelangte das HG Wien zu einer gänzlichen Klageabweisung. Das Berufungsgericht bestätigte und beurteilte die Bezeich-

* Die besprochenen Entscheidungen sind im Volltext unter <http://www.euro-lawyer.at> abrufbar. Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. XII.

1 OGH, 17. 12. 2013 – 4 Ob 69/13w, *jusIT* 2014/26, 55 – mobile-marketing.at. (Thiele).