

# Länderreport USA

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

## I. Bundesrechtliche Initiativen

### 1. Regulierung ortsbezogener Daten

Umfassenden Datenschutz privatwirtschaftlich erhobener Daten gewähren bundesweit in den USA Gesetze vor allem in zwei Bereichen: Finanzen und Gesundheitswesen. Staatlich erhobene Daten unterliegen zahlreichen Bundesgesetzen. Einzelstaatliche Regelungen ergänzen diese Vorschriften durch ein unübersichtliches Flickwerk.

Ein weiterer Ansatz für eine bundesweite Regulierung kann sich aus einer Untersuchung des amerikanischen Netzamtes Federal Communications Commission in Washington, DC, ergeben. Aus verbraucherschutzrechtlicher und netzregulierender Perspektive legte es am 25. 5. 2012 in einem Untersuchungsbericht über die auf den Aufenthaltsort eines mobilen Kunden zugeschnittenen Leistungen<sup>1</sup> einen umfassenden Überblick über Gefahren und Chancen vor.

Sogenannte *Location-Based Services* werfen Rechtsfragen unter dem Blickwinkel diverser Gesetze auf, stellt die Federal Communications Commission fest. Der Bericht *Location-Based Services: An Overview of Opportunities and Other Considerations*<sup>2</sup> ist eine auch für Zwecke der Vertragsgestaltung oder Planung von Markteintritten in den USA empfehlenswerte Lektüre. Die FCC konzentriert sich im aktuellen Untersuchungsstadium auf die Kontaktaufnahme mit Kunden, die sich an einem dem Werbenden bekannten Ort aufhalten, um ortsbezogene Angebote zu versenden und die Ortsdaten der Kundschaft auszuwerten, und die damit verbundene Ausforschung der Privatsphäre.

### 2. Tracking verletzt Verbraucher

Das Bundesverbraucherschutzamt Federal Trade Commission in Washington, DC, intensiviert seine Untersuchungen behaupteter Verletzungen im Bereich der Online-Kommunikation und -Geschäftstätigkeit. Als wegweisendes Beispiel im Social Media-Segment gilt der Abschlussbericht seiner Untersuchungen von Tracking durch den Anbieter MySpace. Tracking stellt nach seiner Auffassung einen Verstoß dar, den es ausführlich in seinem Bericht *Myspace, LLC; Analysis of Proposed Consent Order To Aid Public Comment* belegt.<sup>3</sup> Das Ergebnis der Untersuchung führte zu einer Beilegung des Verfahrens durch einen Vergleich. Dennoch behält der Bericht seine wegweisende Bedeutung für die Planung von Social-Media-Angeboten und der Sammlung und Auswertung von Nutzerdaten.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang das außenpolitische Engagement der USA, Diktatoren in Syrien und Persien den Umgang mit Social Media und Tracking zu verbieten. Ihnen und ihren Helfern wurden am 23. 4. 2012 ein Einreiseverbot und eine Verfügungssperre für ihr Vermögen angedroht.<sup>4</sup>

## II. Urheberrecht: TV-Programme

### 1. Karikatur entlastet vom Verletzungsvorwurf

Eine Episode der *South Park*-Fernsehserie imitiert offensichtlich einen Videohit bei YouTube. Dessen Autor verklagt die Serienfilmer und verliert bereits in der Schlüssigkeitsprüfung. Um nicht wie ein Copyright-Troll zu wirken, vermutet das Gericht, hatte er die Werke der Klage nicht als Beweismittel angehängt. Durch die Bezugnahme auf die Werke war das Gericht jedoch befugt, selbst die Werke zur Kenntnis zu nehmen und zu vergleichen. Der Vergleich bestätigt die Behauptung der Kläger. Die Übereinstimmung ist so deutlich, dass eine Urheberrechtsverletzung schlüssig erscheint.

Klar erscheint dem Gericht jedoch auch, dass das zweite Werk eine Karikatur darstellt und eine Prüfung und Würdigung nach dem entlastenden Fair Use-Grundsatz angezeigt ist. Doch darf das Gericht diesen Grundsatz bereits in diesem Verfahrensabschnitt berücksichtigen? Das Bundesberufungsgericht des siebten Bezirks der USA in Chicago erlaubt es.<sup>5</sup> Die Einrede wirkt, und daraus folgt für beide Parteien eine enorme Kostenersparnis. Sie brauchen nicht in das teure und aufwändige Ausforschungsbeweisverfahren, *Discovery*, einzusteigen, das heute fast immer sechs- oder siebenstellige Dollarzahlen bedeutet.<sup>6</sup>

### 2. Abklatsch des Programmkonzepts

Im Gegensatz zur Karikatur des YouTube-Streifens betraf der Streit zwischen einer TV-Konzeptautorin und einer Fernsehanstalt, die einen Gewichtsverlustwettbewerb als Show ausstrahlte, die rechtswidrige Nachahmung des Konzepts. Die Parteien stritten sich um die Frage, ob ihre Konzepte vergleichbar sind und das vom Sender verwirklichte Programm die Idee der Klägerin urheberrechtlich verletzt. Dazu muss nicht nur die Idee bereits als Werk umgesetzt sein – was hier unstrittig schon mit einem Skript erfolgt –, sondern auch, dass die Beklagte das erste Werk kannte und kopierte, oder dass die Werke vergleichbar sind und Indizien für eine Nachahmung sprechen.<sup>7</sup>

\* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. XI.

1 Diese Werbeleistungen sind abzugrenzen von Werbung nach Echtzeitauktionen des auf die Person zugeschnittenen Besucherverhaltens, s. Angwin, *Online Tracking Ramps Up*, *Wall Street Journal*, S. B1, 18. 6. 2012, <http://online.wsj.com/article/SB10001424052702303836404577472491637833420.html>.

2 <http://www.fcc.gov/document/location-based-services-report>; [http://hraunfoss.fcc.gov/edocs\\_public/index.do?document=314283](http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/index.do?document=314283).

3 FTC File No. 102 3058, *Federal Register*, Band 77, Heft 93, S. 28288, <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2012-05-14/html/2012-11613.htm>. Der Verfahrensabschluss steht unter dem Vorbehalt der Kommentierung des Vergleichs durch die Öffentlichkeit. Die Kommentierung wird nach dem Administrative Procedures Act ebenso veröffentlicht wie die abschließende Würdigung.

4 <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2012/04/23/executive-order-blocking-property-and-suspending-entry-united-states-cer>.

5 *United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, Brownmark Films, LLC v. Comedy Partners*, 7. 6. 2012, [http://www.ca7.uscourts.gov/fdocs/docs.fwx?submit=rss\\_sho&shofile=11-2620\\_002.pdf](http://www.ca7.uscourts.gov/fdocs/docs.fwx?submit=rss_sho&shofile=11-2620_002.pdf).

6 *Kochinke*, *Der US-Prozess – Urteile im Zivilprozess*, <http://star.us/fp>.

7 In the absence of direct evidence of copying, a plaintiff can circumstantially prove that a defendant copied her work by showing both the

Nach den gerichtlichen Feststellungen hatte die Klägerin keinen Beweis für eine Kopie aufgrund behaupteter Kenntnis der Fernsehanstalt von ihrem Konzept angeboten. Das Bundesberufungsgericht des zweiten Bezirks der USA in New York City erörterte daher ausführlich und lehrreich die Voraussetzungen für eine durch Indizien belegte Verletzung des bundesrechtlichen Copyright Act. Es stellt auf die Sicht des durchschnittlichen Beobachters ab. Würde er, ohne detektivisch auf Unstimmigkeiten zu achten, die beiden Werke als ästhetisch gleich beurteilen?

Wenn das Werk, wie der Gewichtsverlustwettbewerb, urheberrechtlich geschützte und ungeschützte Elemente enthält, muss das Gericht seine Analyse auf die geschützten Elemente beschränken. In diesem Prozess blieben nach dieser Auswahl nur wenige Elemente übrig, die nicht zum Standardrepertoire von Fernsehprogrammen mit Gruppenerfahrungen und Wettbewerben stehen.<sup>8</sup> Diese wenigen rechtlich relevanten Elemente sind in den Werken der beiden Parteien jedoch miteinander unverwechselbar. Damit war die Klage abzuweisen.

### III. Werbung an Staatskundschaft

Ein Werbeunternehmen erwirbt vom Staat Massachusetts das Recht, Bürger an Verlängerungspflichten für Führerscheine und andere amtliche Papiere zu ermahnen. Dafür erhält es die staatliche Datenbank. Der Staat erspart sich Mühe und Kosten. Ein angeschriebener Autofahrer verklagt die Firma mit einer Sammelklage auf Schadensersatz und Unterlassung. Mit seinem Urteil im Fall *Downing v. Global Direct, LLC* gibt das Bundesberufungsgericht des ersten Bezirks in Boston jedoch dem Staat und dem Werbeunternehmen Recht.<sup>9</sup> Die staatliche Sparmaßnahme dient der Erfüllung staatlicher Aufgaben. Die Übertragung der Aufgaben auf Dritte ist zulässig, wenn der Dritte zur vertraulichen Behandlung der Bürgerdaten verpflichtet ist. Der bundesrechtliche Schutz der Führerscheindatenbanken im Bundesgesetz *Driver's Privacy Protection Act*, 18 USC § 2721-25, sieht Ausnahmen vor, unter die das Gericht diese Datenüberlassung subsumiert.

### IV. Haftung für vertuschte Sicherheitslücken

Stornierungen im Online-Vertrieb kommen Anbieter teuer zu stehen, doch die Onlinezahlungsdienstleister verdienen in jedem Fall. Muss eine Bank, die Unsicherheiten im Zahlungssystem vertuschte und damit einem Online-Anbieter überdurchschnittliche Ausfälle verursachte, diesem nach Betrugsrecht haften? E-Shops Corp. verklagte mit dieser Begründung Kreditkartenaussteller mit Sicherheitsproblemen, die nach der Klägerbehauptung den Online-Betrug förderten und zu ihren Lasten stornierte Bestellungen herbeiführten.

Im Prozess scheidet sie jedoch beim Betrugsbeihilfevorwurf am Fehlen der vollständigen Tatbestandsmerkmale, darunter der erforderlichen Kausalverbindung zwischen unterdrückter Information über Sicherheitsmängel und Schadenseintritt.<sup>10</sup> Das Bundesberufungsgericht des achten Bezirks der USA in St. Louis verlangt für die schlüssige Darlegung der Beihilfebehauptung wie bei einem Betrugsanspruch detaillierte Ausführungen zu den äußeren Umständen sowie die allgemeine Behauptung des Vorliegens subjektiver Tatbestandsmerkmale, *„within the ‚who, what, when, where, and how‘ surrounding the alleged fraud.“* Die

klägerische Indizienkette von vertuschten Sicherheitslücken bis zu Schäden aus Rückbuchungen reicht auch beim in US-Bundesgerichten erforderlichen, minimalen Notice Pleading-Vortrag nicht aus, der noch keine Beweisangebote enthalten, sondern lediglich einen Anspruch schlüssig darlegen muss.<sup>11</sup> Schlussfolgerungen ohne Darlegung von Tatsachen für jedes Tatbestandsmerkmal führen, wie auch hier, zur Abweisung.

### V. Kampfsportler auf der Matte

Zu einer gründlichen und lesenswerten Analyse des Marken- und Domainrechts sah sich das Bundesberufungsgericht des zehnten Bezirks der USA in Denver durch einen dummen Zufall gezwungen: Der Kampfsport treibende Kläger durfte auf ein Versäumnisurteil hoffen, hatte der Klage um die Domain *jeetkunedo.com* jedoch zu viele Beweise angefügt. Diesen entnahm das Gericht bei seiner Prüfung, dass der Kläger Markenrechte aus Eintragung und Verwendung im Verkehr geltend machte sowie Domainrechte behauptete, die von älterem Markenrecht überschattet wurden.

Die von ihm beanspruchte Common Law-Marke aus Verkehrsgeltung kann sechs Jahre lang die bundesrechtlich eingetragene Marke aushebeln. Doch lieferte der Kläger selbst den Beweis, dass die Anfechtungsfrist verstrichen war. Die als eigenes Recht behauptete eingetragene Marke gehört zudem nicht ihm, sondern einem Dritten, erkannte das Gericht. Im Wechselspiel mit dem Domainrecht muss es daher folgern, dass der Kläger jüngere Rechte als die säumige Beklagte behauptete. Die Klage im Fall *Carter Hargrave v. Chief Asian, LLC* war daher nach 15 USC § 1125(d) als Markenanspruch und nach 15 USC § 1125(d) als Cybersquatting-Anspruch abzuweisen. Doch dient die Begründung als nützlicher Leitfaden für Marken- und Cybersquatting-Ansprüche im US-Recht.<sup>12</sup>

defendant's „access to the copyrighted work“ and the „substantial similarity of protectible material in the two works.“ *Williams v. Chrichton*, ... „The standard test for substantial similarity between two items is whether an ordinary observer, unless he set out to detect the disparities, would be disposed to overlook them, and regard the aesthetic appeal as the same.“ ... In a case such as this, where the copyrighted work necessarily has both protected and unprotected elements, a court applies a more discerning analysis, in which it „must attempt to extract the unprotectible elements from consideration and ask whether the protectible elements, standing alone, are substantially similar.“ ... After undertaking „a detailed examination of the works themselves,“ ... the district court properly found that *The Biggest Loser* is not substantially similar to *Latimore's* idea. Although both ideas take advantage of staples of reality television such as team-based competition, elimination, and communal living, the way in which *The Biggest Loser* combines and supplements these common elements results in a concept and overall feel that is entirely different than *Latimore's* proposal. *Latimore v. NBC Universal Inc.*, s.u.

8 *Latimore v. NBC Universal Inc.*, United States Court of Appeals for the Second Circuit, New York City, 23. 5. 2012, [http://www.ca2.uscourts.gov/decisions/isysquery/d7b68b33-82f1-4bc6-9e4f-096be0382c7a/1/doc/11-1202\\_so.pdf#](http://www.ca2.uscourts.gov/decisions/isysquery/d7b68b33-82f1-4bc6-9e4f-096be0382c7a/1/doc/11-1202_so.pdf#).

9 United States Court of Appeals for the First Circuit, *Downing v. Global Direct, LLC*, 4. 6. 2012, <http://www.ca1.uscourts.gov/cgi-bin/getopn.pl?OPINION=11-2075P.01A>.

10 *E-Shops Corp. v. U.S. Bank National Association*, United States Court of Appeals for the Eighth Circuit, 18. 5. 2012, <http://www.ca8.uscourts.gov/opndir/12/05/112474P.pdf>.

11 Fantasievoll ohne konkrete Kenntnis behaupten ist jedoch unzulässig. Dann haftet die behauptende Partei – möglicherweise auch ihr Rechtsanwalt – zumindest für die resultierenden Verfahrenskosten. *S.a. Davis Smith v. The NBC New Univision*, United States District Court for the District of Columbia, 11. 5. 2012, [https://ecf.dcd.uscourts.gov/cgi-bin/show\\_public\\_doc?2012cv0757-3](https://ecf.dcd.uscourts.gov/cgi-bin/show_public_doc?2012cv0757-3).

12 United States Court of Appeals for the Tenth Circuit, 7. 5. 2012, <http://www.ca10.uscourts.gov/opinions/11/11-5112.pdf>.

# Rechtsprechung

## UsedSoft/Oracle: Eingeschränkte Zulässigkeit der Weiterveräußerung gebrauchter Software

EuGH, Urteil vom 3. 7. 2012 – C-128/11

Vorinstanz: [BGH, 3. 2. 2011 – I ZR 129/08, K&R 2011, 252 ff.]

Art. 4 Abs. 2, Art. 5 Abs. 1 RL 2009/24/EG

**1. Art. 4 Abs. 2 der RL 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. 4. 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen ist dahin auszulegen, dass das Recht auf die Verbreitung der Kopie eines Computerprogramms erschöpft ist, wenn der Inhaber des Urheberrechts, der dem möglicherweise auch gebührenfreien Herunterladen dieser Kopie aus dem Internet auf einen Datenträger zugestimmt hat, gegen Zahlung eines Entgelts, das es ihm ermöglichen soll, eine dem wirtschaftlichen Wert der Kopie des ihm gehörenden Werkes entsprechende Vergütung zu erzielen, auch ein Recht, diese Kopie ohne zeitliche Begrenzung zu nutzen, eingeräumt hat.**

**2. Die Art. 4 Abs. 2 und 5 Abs. 1 der RL 2009/24 sind dahin auszulegen, dass sich der zweite und jeder weitere Erwerber einer Nutzungslizenz auf die Erschöpfung des Verbreitungsrechts nach Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie berufen können und somit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie als rechtmäßige Erwerber einer Programmkopie anzusehen sind, die vom Vervielfältigungsrecht nach dieser Vorschrift Gebrauch machen dürfen, wenn der Weiterverkauf dieser Lizenz mit dem Weiterverkauf einer von der Internetseite des Urheberrechtinhabers heruntergeladenen Programmkopie verbunden ist und die Lizenz dem Ersterwerber ursprünglich vom Rechtsinhaber ohne zeitliche Begrenzung und gegen Zahlung eines Entgelts überlassen wurde, das es diesem ermöglichen soll, eine dem wirtschaftlichen Wert der Kopie seines Werkes entsprechende Vergütung zu erzielen. (Tenor des Gerichts)**

### Sachverhalt

Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 4 Abs. 2 und Art. 5 Abs. 1 der RL 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. 4. 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (ABl. L 111, S. 16). Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der UsedSoft GmbH (im Folgenden: UsedSoft) und der Oracle International Corp. (im Folgenden: Oracle) über die Vermarktung gebrauchter Lizenzen für Computerprogramme von Oracle durch UsedSoft. Oracle entwickelt und vertreibt Computersoftware. Sie ist Inhaberin der ausschließlichen urheberrechtlichen Nutzungsrechte an diesen Programmen. Sie ist außerdem Inhaberin der deutschen Wortmarken und Gemeinschaftswortmarken Oracle, die u. a. für Computersoftware eingetragen sind. Oracle vertreibt die im Ausgangsverfahren fragliche Software, d. h. Datenbanksoftware, in 85 % der Fälle per Download über das Internet. Der Kunde lädt eine Kopie der Software unmittelbar über die Internetseite von Oracle auf seinen Computer herunter. Bei den Programmen handelt es sich um sogenannte „Client-Server-Software“. Das durch einen Lizenzvertrag gewährte Nutzungsrecht an einem solchen Programm umfasst die Befugnis, die Software dauer-

haft auf einem Server zu speichern und einer bestimmten Anzahl von Nutzern dadurch Zugriff zu gewähren, dass sie in den Arbeitsspeicher ihrer Arbeitsplatzrechner geladen wird. Im Rahmen eines Software-Pflegevertrags können aktualisierte Versionen der Software („updates“) und Programme, die der Fehlerbehebung dienen („patches“), über die Internetseite von Oracle heruntergeladen werden. Auf Wunsch des Kunden werden die Programme auch auf CD-ROM oder DVD ausgeliefert. Oracle bietet für die im Ausgangsverfahren fraglichen Computerprogramme Paketlizenzen für jeweils mindestens 25 Nutzer an. Benötigt ein Unternehmen eine Lizenz für 27 Nutzer, muss es also zwei Lizenzen kaufen. Die Lizenzverträge von Oracle für die im Ausgangsverfahren fraglichen Computerprogramme enthalten unter „Rechtseinräumung“ folgende Bestimmung: „Mit der Zahlung für Services haben Sie ausschließlich für Ihre internen Geschäftszwecke ein unbefristetes, nicht ausschließliches, nicht abtretbares und gebührenfreies Nutzungsrecht für alles, was Oracle entwickelt und Ihnen auf der Grundlage dieses Vertrags überlässt.“

UsedSoft handelt mit gebrauchten Softwarelizenzen, insbesondere mit den Nutzungslizenzen für die im Ausgangsverfahren fraglichen Computerprogramme von Oracle. UsedSoft erwirbt hierfür bei Kunden von Oracle solche Nutzungslizenzen oder Teile davon, wenn die ursprünglich erworbenen Lizenzen für eine den Bedarf des Ersterwerbers übersteigende Nutzerzahl gelten. Im Oktober 2005 bewarb UsedSoft eine „Oracle Sonderaktion“, bei der sie „bereits benutzte“ Lizenzen für die im Ausgangsverfahren fraglichen Computerprogramme von Oracle anbot. Dabei wies sie darauf hin, dass alle Lizenzen in dem Sinne „aktuell“ seien, als der vom ursprünglichen Lizenznehmer mit Oracle abgeschlossene Wartungsvertrag noch fortwirke und die Rechtmäßigkeit des ursprünglichen Verkaufs durch ein Notarstatat bestätigt werde. Die Kunden von UsedSoft, die noch nicht im Besitz des betreffenden Computerprogramms von Oracle sind, laden nach dem Erwerb einer solchen gebrauchten Lizenz eine Programmkopie unmittelbar von der Internetseite von Oracle herunter. Kunden, die bereits über das Computerprogramm verfügen und Lizenzen für zusätzliche Nutzer hinzukaufen, veranlasst UsedSoft, das Computerprogramm auf den Arbeitsplatzrechnern dieser Nutzer zu speichern.

Oracle erhob Klage beim LG München I und beantragte, UsedSoft zu verurteilen, die in den Rn. 24 bis 26 des vorliegenden Urteils beschriebenen Praktiken zu unterlassen. Das LG verurteilte UsedSoft antragsgemäß [K&R 2007, 337 ff.]. Die von dieser eingelegte Berufung wurde zurückgewiesen. Daraufhin legte UsedSoft beim BGH Revision ein. Nach Ansicht des vorliegenden Gerichts verletzt das Verhalten von UsedSoft und ihren Kunden Oracles ausschließliches Recht zur dauerhaften oder vorübergehenden Vervielfältigung von Computerprogrammen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Buchst. a der RL 2009/24. Die Kunden von UsedSoft könnten sich nicht auf ein ihnen von Oracle wirksam übertragenes Recht zur Vervielfältigung der Computerprogramme stützen. Aus den Lizenzverträgen von Oracle gehe nämlich hervor, dass das Recht zur Nutzung der Programme „nicht abtretbar“ sei. Daher seien die Kunden von Oracle nicht berechtigt, das Recht zur Vervielfältigung dieser Programme an Dritte weiterzuübertragen [K&R 2011, 252 ff.].

### Zu den Vorlagefragen

#### Zur zweiten Frage

**35** Mit seiner zweiten Frage, die zuerst zu prüfen ist, möchte das vorliegende Gericht im Wesentlichen wissen,