

# Multimedia Messaging (MMS):

## Haftung und Digital Rights Management

von Bernhard Knies

### I. Die MMS: Wirtschaftliche Prognosen und technische Hintergründe

Mit großen Erwartungen fiebern die Anbieter dem offiziellen Start des milliardenteuren UMTS-Netzes entgegen. Doch zuvor ist, bisher vom breiten Publikum noch unbeachtet, mit der MMS (Multimedia Messaging Service) eine neue Technologie eingeführt worden, die sich künftig zu einem höchst profitablen Mehrwertdienst der Mobilfunkanbieter entwickeln könnte, die vom rechtlichen Standpunkt aber auch völlig neue Fragestellungen aufwirft. Für die Netzbetreiber rechtlich von Interesse dürften dabei insbesondere die beiden Komplexe der Haftung für Inhalte sein, die die eigenen Kunden (oder Drittanbieter) mit den MMS versenden (dazu unten II.1.), sowie die Frage, inwieweit man eigene Inhalte mit den Mitteln des Digital Rights Management vor unkontrollierter Vervielfältigung durch die Nutzer der Endgeräte schützen kann (dazu unten II.2.)

#### 1. Wirtschaftliche Ertragschancen

Die MMS, so die Erwartungen, solle den noch in den Kinderschuhen steckenden M-Commerce, also den mobilen Dienstsektor rund um Mobilfunkgeräte, nachhaltig ankurbeln.<sup>1</sup> Positive Schätzungen erwarten, daß mit Hilfe der MMS ein neuer Milliardenmarkt erschlossen werden könne. So sollen nach einer Studie im Jahr 2003 bereits 23 Milliarden Euro neuer Einnahmen sprudeln.<sup>2</sup> Ausgehend von geschätzten 115 Mio. verschickten MMS in diesem Jahr erwartet die Studie für das Jahr 2003 bereits über eine Milliarde versandter MMS.<sup>3</sup> UMTS selber solle dann mit seinen hohen Datenübertragungsraten die MMS noch attraktiver machen.

#### 2. Technischer Hintergrund

Die MMS soll ab diesem Jahr neben die betagte SMS treten und an deren Erfolgsgeschichte anknüpfen. Technologisch gesehen unterscheidet sich die MMS von ihrem Vorgänger SMS wie der „Ferrari vom Mofa“, so urteilt zumindest das Branchenblatt Connect.<sup>4</sup> Die MMS wird technisch nicht als neuer Dienst, sondern als neues Medium gewertet. War die SMS in ihrem Inhalt noch auf 160 Zeichen beschränkt, so unterliegt die Textlänge bei der MMS keinerlei mengenmäßiger

---

Dr. iur., Rechtsanwalt in München, [www.new-media-law.net](http://www.new-media-law.net).

<sup>1</sup> Connect vom 14.11.2001, <http://www.netedition.de/sixcms/detail.php3?id=24464>.

<sup>2</sup> Connect vom 15.2.2002 unter Hinweis auf eine Studie des Londoner Gartner Instituts, <http://www.netedition.de/sixcms/detail.php3?id=26181>, sowie die Homepage von Gartner, <http://www3.gartner.com/lnit>. Nach einer Studie von Forrester Research wird für 2007 ein Umsatz mit MMS in Höhe von 8 Milliarden Euro erwartet, vgl. Connect vom 14.5.02, <http://www.netedition.de/sixcms/detail.php3?id=27664>.

<sup>3</sup> Zum Vergleich: In Deutschland werden derzeit pro Jahr etwa 24 Milliarden SMS verschickt, vgl. die Aufstellung bei O2, <http://de.o2.com/de/intro/welcome.idx.000000.ver.1.os.1.nnie.2.html>.

<sup>4</sup> Connect vom 14.11.2001, <http://www.netedition.de/sixcms/detail.php3?id=24464>.

Beschränkung mehr.<sup>5</sup> Zudem unterstützt die MMS die Bildformate JPEG und GIF, weiter wird die Übertragung von Audiodateien in den Formaten MP3, MIDI und WAV möglich sein.<sup>6</sup> Die MMS soll als neuer Mehrwertdienst für den Kunden zusätzlichen Spaß mit dem Handy bringen. Bunte bewegte Bildchen untermalt mit Musik oder kurzen Videosequenzen treten an die Stelle der „dürren“ SMS mit ihren 160 Zeichen.

Als Basistechnologien fungieren die heute schon bestehenden GPRS-Technologie sowie künftig UMTS.<sup>7</sup>

Mit dem GPRS-Standard („General Packet Radio Service“) haben die Mobilfunkanbieter einen ersten wichtigen Schritt in Richtung der künftigen mobilen Datennetze, insbesondere in Richtung UMTS getan. Mit GPRS haben die Anbieter, vom breiten Publikum unbeachtet, den ersten großen Schritt hin in Richtung der Übertragungstechnologie des Internets getan. Denn dort werden die Daten schon lange nach dem ressourcensparenden Paketverfahren versandt, das große Dateien in kleine Pakete zerlegt, die beim Empfänger wieder zusammengesetzt werden. Genau dies wird mit GPRS nun erstmals auch bei der mobilen Datenübertragung praktiziert, die dann künftig mit UMTS ihre Vollendung finden wird.

Netztechnisch betrachtet ist GPRS eine Art zweiten Netzes, das über das bereits vorhandene GSM-Netz gelegt wird.<sup>8</sup> Dank der paketerorientierten Übertragungsverfahren von GPRS können bis zu fünfmal höhere Datenübertragungsraten erzielt werden als dies bislang bei GSM möglich war, zudem bietet GPRS das sogenannte „always on“-Verfahren. Das bedeutet, daß der Nutzer über sein Handy ständig in Verbindung mit dem Netz ist, Emails oder MMS somit also zeitgleich zugestellt werden können.<sup>9</sup>

Sowohl auf Seiten der Anbieter wie auch auf Seiten der Nutzer erfordert aber die MMS eine vollkommen neue Struktur. Der Nutzer benötigt insbesondere ein MMS-fähiges neues Handy.<sup>10</sup>

T-Mobile hat die MMS-Anwendung ab dem 31.7.2002 für seine Kunden eröffnet,<sup>11</sup> auch Vodafone und O2 haben den Mehrwertdienst bereits eingeführt. Nach Angaben von Vodafone nutzen derzeit etwa 15.000 Kunden den MMS-Service.<sup>12</sup>

### 3. Anwendungsbeispiele

<sup>5</sup> Connect vom 14.11.2001, <http://www.netedition.de/sixcms/detail.php3?id=24464>.

<sup>6</sup> Connect, vom 14.11.01, a.a.O.

<sup>7</sup> Connect vom 14.11.2001, a.a.O.

<sup>8</sup> Connect vom 20.2.2001, <http://www.netedition.de/sixcms/detail.php3?id=16355>.

<sup>9</sup> Connect, a.a.O.

<sup>10</sup> Wie etwa das T 68 i von Ericsson, oder das neue Nokia 3510 mit einem (nicht überzeugenden) Testbericht unter <http://www.netedition.de/sixcms/detail.php3?id=28576> (so soll das Nokia Handy MMS nur in mäßiger Qualität empfangen, nicht aber versenden können). Der Hersteller Sharp will mit dem GX-1 ein MMS-fähiges Handy mit integrierter Kamera auf den Markt bringen, vgl. <http://www.netedition.de/sixcms/detail.php3?id=28204>.

<sup>11</sup> Vgl. <http://www.t-mobile.de/mms/1,1827,1891-,00.html>.

<sup>12</sup> Vgl. Connect vom 1.8.2002, <http://www.netedition.de/sixcms/detail.php3?id=28765>.

Zahlreiche neue Anwendungsbeispiele der MMS werden derzeit erprobt und überdacht, sie stammen teils von den Mobilfunkanbietern selbst und teils von Drittfirmen, die sich auf M-Commerce-Anwendungen spezialisieren, die man in diesem Zusammenhang als „Content-Provider“ bezeichnen kann.

Die T-Mobile bietet ihren Kunden graphisch animierte M-Cards zum Versand an, die teils auch mit Musik unterlegt sind.<sup>13</sup> Auch der auf Klingeltöne und Logos spezialisierte Anbieter Jamba! bietet erste MMS-Bildchen zum Versand an.<sup>14</sup> Eine weitere Anwendungsmöglichkeit wäre der Versand von Bildschirmschonern fürs Handydisplay.

Ein neuer Service von Beamgate soll dem multimedialen Radiohörer ermöglichen, sich per MMS an Beamgate zu wenden.<sup>15</sup> Die Firma sendet per MMS Titel und Interpret des aktuell laufenden Songs an den Nutzer, verbunden mit einem farbigen Bild des Covers der CD und einer Hörprobe. Die M-Commerce-Anwendung soll den Nutzer auch gleich noch mit einem „Best-Price“-Vergleich aus mehreren Online-Musikshops versorgen. Auf der Website des Unternehmens kann man den Service online testen.

Das auf M-Commerce spezialisierte schweizerische Unternehmen Kaufkom<sup>16</sup> will einen Dienst einführen, mit dem Nutzer per Handy Bilder im Internet suchen und die gefundenen Bilder per MMS versenden können, dies soll derzeit im Netz von Vodafone bereits möglich sein.<sup>17</sup>

Das britische Unternehmen Mobile Streams bietet Speicherlösungen für die Sicherung der MMS im Internet an, da die Mobiltelefone traditionell nicht über große eingebaute Speicherlösungen verfügen. Der Nutzer kann bei Mobile Streams gegen eine Gebühr von derzeit 5 US \$ monatlich seine MMS auf einem eigens auf dem Server von Mobile Streams angelegten Speicherplatz sichern.<sup>18</sup>

#### 4. Preise

Noch sind die MMS erschwinglich, ihr Erfolg wird sicherlich aber auch von der künftigen Preispolitik abhängen. So verlangt T-Mobile derzeit für den Versand einer bis zu 30 kb großen MMS € 0,39.<sup>19</sup> Eine animierte M-Card kostet aber schon stattliche € 2,29. Vodafone bietet die MMS bis zum 31.8.02 zum kostenlosen Test an.<sup>20</sup> Welche Preise künftig auf den Nutzer zukommen werden ist aber bislang noch nicht definitiv entschieden.

#### 5. Konkurrierende Kommunikationsmodelle

Mit der MMS konkurrieren zum einen der alte Standard SMS, dem etwa eine Studie von Forrester Research auch in fünf Jahren noch 75 % Marktanteile

<sup>13</sup> [http://www.t-mobile.de/mms/1,1827,1978-\\_,00.html#](http://www.t-mobile.de/mms/1,1827,1978-_,00.html#).

<sup>14</sup> Siehe [www.jamba.de](http://www.jamba.de).

<sup>15</sup> Vgl. Connect vom 27.5.02, <http://www.netedition.de/sixcms/detail.php3?id=27853>, sowie die Webseite des Anbieters mit weiteren Informationen <http://www.beamgate.de/index.xtp>.

<sup>16</sup> [www.kaufcom.ch](http://www.kaufcom.ch).

<sup>17</sup> Connect vom 13.5.2002, <http://www.netedition.de/sixcms/detail.php3?id=27540>.

<sup>18</sup> Vgl. <http://www.mmsstore.com/>.

<sup>19</sup> [http://www.t-mobile.de/mms/1,1827,1984-\\_,00.html](http://www.t-mobile.de/mms/1,1827,1984-_,00.html).

<sup>20</sup> [http://www.vodafone.de/multimedia\\_mobil/13044.html](http://www.vodafone.de/multimedia_mobil/13044.html).

einräumt.<sup>21</sup> Für die Kunden billiger sein sollen mobile Emails und Instant Messaging (IM). Einen IM-Dienst bietet inzwischen Jamba an, mit dem Mobile Messenger soll der Kunde über eine Buddy-Liste sofort darüber informiert werden, wenn Freunde online sind, und diesen dann auch Nachrichten zusenden können.<sup>22</sup> Der auf einer Software-Lösung basierende Dienst soll mit dem Instant-Messenger von MSN kompatibel sein und monatlich 0,99 € Grundgebühr kosten, er erfordert allerdings auf Seiten des Nutzers Anschluß an GPRS, da das Instant Messaging nur Sinn macht, wenn man eben auch „always online“ ist. Dagegen werden EMS (Enhanced Messaging Service) kaum realistische Marktchancen eingeräumt,<sup>23</sup> zumal die EMS offenbar keinen einheitlichen Standard bietet.<sup>24</sup>

## II. Rechtliche Probleme im Zusammenhang mit der MMS

Die MMS wirft inhaltlich gesehen für die Anbieter zahlreiche haftungsrechtliche Fragen auf (dazu 1.), die die Frage beleuchten, ob und inwieweit die Anbieter für den von ihren Kunden übermittelten Inhalt verantwortlich sind. Unter dem Gesichtspunkt des Digital Rights Management (DRM) soll schließlich geklärt werden, inwiefern die Anbieter etwa eigenen von ihnen angebotenen Content mit Mitteln des DRM insbesondere mit Kopierschutzsystemen schützen dürfen (dazu unten 2.)

### 1. Haftungsrechtliche Probleme im Zusammenhang mit der MMS

Für die Mobilfunkanbieter waren bislang Fragen der Providerhaftung sowie das Digital Rights Management weitgehend unbeachtliche Randgebiete des IT- und IP-Rechtes. Dies dürfte sich mit der Einführung der neuen Kommunikationsdienste schrittweise ändern. Denn mehr und mehr werden sich die mobilen Datenübertragungskapazitäten denen der traditionellen lokalen Zugänge in der Geschwindigkeit annähern. Die Mobilfunkanbieter werden somit technisch und inhaltlich den Internet Providern immer ähnlicher. Sie werden damit auch mit den urheber- und haftungsrechtlichen Fragestellungen konfrontiert, die die traditionellen Internet-Provider schon länger beschäftigen.

Drei Fallkonstellationen sind künftig mit Blick auf die neuen M-Commerce-Anwendungen denkbar. Zum einen ein eigenes inhaltliches Angebot des Providers an seine Kunden, weiter Angebote von Drittfirmen, die über das eigene Netz laufen und schließlich Inhalte, die von den eigenen Kunden etwa per MMS verbreitet werden.

#### a. Eigene Inhalte der Provider

Bietet man, wie T-Mobile mit seinen graphisch animierten M-Cards, seinen Kunden selber Inhalte zum Versand an,<sup>25</sup> so liegt es auf der Hand, daß die Rechte für diese Inhalte auch vom Provider selber geklärt werden müssen. So

<sup>21</sup> Vgl. Connect vom 14.5.02, <http://www.netedition.de/sixcms/detail.php3?id=27664>.

<sup>22</sup> Vgl. Connect vom 22.5.02, <http://www.netedition.de/sixcms/detail.php3?id=27749#>.

<sup>23</sup> Connect vom 14.5.02, <http://www.netedition.de/sixcms/detail.php3?id=27664>. Der Anbieter Jamba! hatte zum Jahresbeginn einen EMS-Service gestartet, der aber offenbar nicht mehr verfügbar ist, vgl. Connect vom 30.1.2002, <http://www.netedition.de/sixcms/detail.php3?id=25919>.

<sup>24</sup> Vgl. [http://www.vodafone.de/multimedia\\_mobil/9104.htmlgl](http://www.vodafone.de/multimedia_mobil/9104.htmlgl).

<sup>25</sup> [http://www.t-mobile.de/mcards/1,1794,1116-\\_,00.html#](http://www.t-mobile.de/mcards/1,1794,1116-_,00.html#).

bestehen die M-Cards aus Text, Bildern und Musik. Die entsprechenden Urheberrechte für Fotos, Bilder, Musik und Text müssen jeweils einzeln lizenziert werden.

#### b. Haftung der Anbieter für fremde Inhalte - Die Harmonisierung der Providerhaftung in Europa

Rechtlich weitaus schwieriger und lange umstritten<sup>26</sup> war dagegen die Beurteilung der Haftung der Provider für die Übermittlung fremder Inhalte. Die meisten der lange diskutierten Fragen sind jetzt aber durch die Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft zum E-Commerce<sup>27</sup> geklärt worden.

Mit der Richtlinie zum E-Commerce<sup>28</sup> hat der Europäische Gesetzgeber das Ziel verfolgt, die europaweit unterschiedlichen Rahmenbedingungen für Dienste der Kommunikationsgesellschaft anzugleichen. Insbesondere wollte man auch unterschiedliche Haftungsrisiken der Provider in den Mitgliedstaaten nivellieren.<sup>29</sup> Die alten Regelungen des Teledienstegesetzes<sup>30</sup> (TDG) und des Mediendienstestaatsvertrages (MDStV) hatten zuvor für erheblichen Diskussionsbedarf gesorgt, wie exemplarisch die Verurteilung des Geschäftsführers von CompuServe durch das Amtsgericht München belegte.<sup>31</sup> Die neuen Vorschriften der E-Commerce-Richtlinie sind nun viel detaillierter ausgefallen als die alten deutschen Vorschriften des TDG, was mancherorts beklagt wurde.<sup>32</sup> Dennoch wird man davon ausgehen können, daß sie künftig taugliche Abgrenzungskriterien für die Haftung der Provider in Bezug auf die Übermittlung der Inhalte ihrer Kunden bieten werden.

#### aa. Anwendungsbereich der Richtlinie – MMS als „Dienst der Informationsgesellschaft“?

Fraglich erscheint zunächst einmal, ob die Richtlinie zum E-Commerce und somit auch das deutsche Teledienstegesetz TDG auf die oben skizzierte MMS sowie damit im Zusammenhang stehende M-Commerce-Angebote durch die Mobilfunkanbieter überhaupt anwendbar sind.

Die Richtlinie definiert die „Dienste der Informationsgesellschaft“ als „jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung“.<sup>33</sup> Unter der „im Fernabsatz erbrachten“ Dienstleistung wird eine Dienstleistung verstanden, „die ohne gleichzeitige

<sup>26</sup> Vgl. etwa die Darstellung zur alten Rechtslage bei *Spindler*, CR 2001, S. 324 ff.

<sup>27</sup> Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABl. Nr. L 178 vom 17.7.2000, S. 1-16.

<sup>28</sup> Kommentare zur E-Commerce-Richtlinie finden sich unter anderem bei *Freytag*, in *Lehmann*, *Electronic Business in Europa*, S. 110 ff., *Härtling*, CR 2001, 271 ff., *Lehmann*, in *Lehmann*, *Electronic Business in Europa*, S. 97 ff., *Maenel*, in *Lehmann*, *Electronic Business in Europa*, S. 44 ff., *Tettenborn*, K&R 2000, 59 ff., ders. in *Lehmann*, *Electronic Business in Europa*, S. 69 ff.

<sup>29</sup> Vgl. hierzu *Freytag*, in *Lehmann*, *Electronic Business in Europa*, S. 110, 112.

<sup>30</sup> Gesetz über die Nutzung von Telediensten vom 22.7.97, BGBl. I S. 1870.

<sup>31</sup> Vgl. hierzu *Freytag*, a.a.O.

<sup>32</sup> So etwa *Tettenborn*, in *Lehmann*, *Electronic Business in Europa*, S. 69, 92.

<sup>33</sup> In Art. 2 Buchstabe a) findet sich ein Verweis auf die bereits durch die Richtlinie 98/34/EG begründete Definition, die dort in Art. 1 Abs. 2 zu finden ist.

physische Anwesenheit der Vertragsparteien erbracht wird.“<sup>34</sup> Nach Erwägungsgrund 18 der E-Commerce-Richtlinie zählen auch „Dienste die von Punkt zu Punkt erbracht werden, wie Video auf Abruf oder die Verbreitung kommerzieller Kommunikation mit elektronischer Post“ zu den Diensten der Informationsgesellschaft im Sinne der Richtlinie.

Die Richtlinie 98/34/EG und damit auch diejenige zum E-Commerce grenzen ihren Anwendungsbereich nach zwei Richtungen ab. Danach gehört ein Dienst entweder zu der Seite der Telekommunikation im weiteren Bereich oder aber zum Bereich des Rundfunks.<sup>35</sup> Schließlich fallen reine Telefon- oder Telefax-Dienste nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie,<sup>36</sup> somit fallen auch die traditionellen Mobilfunkverbindungen nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie, jedenfalls wenn und soweit es sich um reine Sprachverbindungen oder Telefaxsendungen handelt. Bezogen auf den Wortlaut der Richtlinie zum E-Commerce dürften daher keine Zweifel daran bestehen, daß die „Mehrwertdienste“ der Mobilfunkanbieter wie MMS und vergleichbare M-Commerce-Anwendungen von der Richtlinie zum E-Commerce erfaßt werden.

#### bb. Anwendungsbereich nach der deutschen Norm des § 2 TDG

Problematisch insbesondere in Hinblick auf MMS ist allerdings die Abgrenzungsnorm des § 2 Abs. 4 Nr. 1 TDG, denn das TDG beansprucht keine Geltung im Bereich der Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen nach § 3 TKG. In diesem Zusammenhang muß man aber dennoch bedenken, ob nicht ein Service wie MMS über die reine Telekommunikation hinausgeht, so daß das TDG mit seinen Haftungserleichterungen zugunsten der Mobilfunkanbieter angewendet werden könnte. Hierzu wird in der Literatur gestützt auf § 3 Nr. 18 TKG die Auffassung vertreten, daß das TKG vorrangig Multimediadienste der Telekomanbieter erfassen solle, also *lex specialis* gegenüber dem TDG sei.<sup>37</sup> Auf der anderen Seite wird argumentiert, daß es nicht nachvollziehbar sei, daß der Gesetzgeber weite Teile der Telekommunikation angesichts der weit und breit gefaßten Haftungsregelungen wieder aus dem TDG habe herausnehmen wollen.<sup>38</sup> Dieser Ansatz überzeugt auch und gerade vor dem Hintergrund der Interpretation des weiten Anwendungsbereiches der E-Commerce-Richtlinie,<sup>39</sup> die ja schließlich der deutsche Gesetzgeber umzusetzen hatte. Sinn dürfte tatsächlich die inhaltliche Abgrenzung machen. Handelt es sich um reine technische Übertragungsvorgänge so ist das TKG einschlägig, während bei der Übertragung von Inhalten das TDG Geltung beanspruchen kann.<sup>40</sup>

Im Ergebnis wird man deshalb davon ausgehen müssen, daß sowohl die E-Commerce-Richtlinie wie auch das TGD mit seinen Haftungsregelungen auf die Mehrwertdienste der Mobilfunkanbieter anwendbar sind.

#### cc. Anwendbares Recht

<sup>34</sup> Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 98/34/EG.

<sup>35</sup> Rundfunk und Fernsehen sind wiederum in separaten Richtlinien geregelt, vgl. hierzu *Maennel*, a.a.O., S. 49.

<sup>36</sup> Das ergibt sich aus dem Anhang V der Richtlinie 98/34/EG.

<sup>37</sup> So etwa *Schuster*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 4 TKG Rn. 5.

<sup>38</sup> Vgl. *Spindler* § 2 TDG, Rz. 36, in: Roßnagel, Recht der Multimedia-Dienste, m.w.N.

<sup>39</sup> Vgl. hierzu oben aa.

<sup>40</sup> So auch *Spindler*, a.a.O., Rz. 37.

Die Richtlinie zum E-Commerce hat sich in ihrem Art. 3 auch mit dem lokal anwendbaren Recht beschäftigt. Dies geschah vor dem Hintergrund, daß die Dienste der Informationsgesellschaft ja häufig grenzüberschreitend erbracht werden, Websites sind weltweit aufrufbar, Email und MMS lassen sich ebenso weltweit versenden. Die E-Commerce-Richtlinie hat in ihrem Art. 3 das aus dem Gemeinschaftsrecht schon bekannte Herkunftslandsprinzip<sup>41</sup> festgeschrieben,<sup>42</sup> das in § 4 TDG umgesetzt wurde. Die Tätigkeit des Anbieters wird danach nach dem Recht des Landes ihrer Niederlassung beurteilt. Für die Mobilfunkanbieter von hohem Interesse dürfte hierbei insbesondere sein, daß sie ihre Dienste somit mit einer Rechtsordnung abstimmen müssen.<sup>43</sup>

#### dd. Das Haftungssystem der E-Commerce-Richtlinie

Die E-Commerce-Richtlinie hat ähnlich den amerikanischen Regelungen im Digital Millenium Copyright Act von 1998<sup>44</sup> ein dreistufiges Haftungssystem entwickelt, das vom TDG in seiner neuen Form in den §§ 8 bis 11 übernommen worden ist. § 8 Abs. 1 TDG geht zunächst einmal von dem allgemeinen Grundsatz aus, daß der Anbieter für eigene Inhalte grundsätzlich selbst verantwortlich ist.

Die Regelungen der Richtlinie betreffen in ihrem Kerngehalt hingegen die Haftung für die Übermittlung fremder Inhalte. Dabei kann es sich bei den fremden Dritten sowohl um Kunden des Unternehmens handeln als auch um die Übermittlung der Inhalte anderer Anbieter.<sup>45</sup> Nach § 8 Abs. 2 S. 1 TDG sind die Anbieter künftig nicht verpflichtet, die durch ihre Kunden übermittelten Inhalte systematisch auf rechtswidrige Inhalte zu überprüfen, eine zentrale Vorschrift, über deren Regelungsinhalt zuvor viel gestritten worden war.<sup>46</sup> Das Unternehmen trifft also im Regelfall keine besondere grundsätzliche Nachforschungspflicht mehr, man wird anhand der Formulierungen des Gesetzestextes davon ausgehen können, daß der Anbieter nur in begründeten Ausnahmefällen zur eigenen Nachforschung verpflichtet ist. Dies dürfte für Telekom-Anbieter insbesondere auch in Anbetracht des Fernmeldegeheimnisses von entscheidender Bedeutung sein.<sup>47</sup>

Nach den §§ 9 bis 11 TDG gilt nun ein unterschiedlicher Haftungsmaßstab, je nach Art des Angebots des Anbieters an seine Kunden.

#### (1) Haftungsszenarien

<sup>41</sup> Ausführlich zum Herkunftslandprinzip etwa *Härtig*, CR 2001, 271, 272 f.

<sup>42</sup> Das Herkunftslandprinzip wurde bei den Richtlinien zum Fernsehen ohne Grenzen und insbesondere zum Satellitenrundfunk (Richtlinie 93/83/EWG des Rates vom 27.9.1983, ABL. Nr. L 248, S. 15-21) eingeführt, ist in der Sache aber nicht ohne (berechtigte) Kritik geblieben.

<sup>43</sup> Vgl. hierzu auch *Tettenborn*, a.a.O., S. 81.

<sup>44</sup> The Digital Millenium Copyright Act of 1998, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (Oct. 28, 1998). Vgl. zu der Parallelität der europäischen und der amerikanischen Gesetzgebung eingehend *Lubitz*, GRUR Int. 2001, 283, 286.

<sup>45</sup> Vgl. *Freytag*, a.a.O. S. 114.

<sup>46</sup> § 8 Abs. 2 S. 1 TDG setzt Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie um.

<sup>47</sup> Vgl. hierzu *Maenel*, in *Lehmann*, Electronic Business in Europa, S. 44, 64.

Zunächst einmal gilt es zu bedenken, welche potentiellen Haftungsrisiken für einen Provider bestehen, der etwa wie im Falle der MMS fremde Inhalte seines Kunden transportiert. Die Inhalte können grundsätzlich in vielfältiger Weise die Rechte anderer verletzen, sie können im Extremfall strafrechtlich relevant sein. Die Verschickung von Musik und Bildern und Filmsequenzen in einer MMS kann fremde Urheber- und Markenrechte verletzen, etwa wenn der Kunde gewerblich handelt und verbreitet, ohne von den Rechteinhabern die erforderlichen Rechte eingeholt zu haben. Das Bereithalten zum Download (etwa über Filesharing-Programme wie WinMX) wird regelmäßig die Rechte der Urheber verletzen. Und schließlich kann im Extremfall die Verschickung etwa kinderpornographischer Bilder auch noch strafrechtlich relevant sein.

Die Richtlinie zum E-Commerce hat in Bezug auf die Haftung der Provider den berühmten „horizontalen“ Ansatz gewählt, das bedeutet, daß die Haftungsprivilegien in allen denkbaren Rechtsgebieten greifen, also insbesondere im allgemeinen Zivilrecht, im Urheber- und im Strafrecht.<sup>48</sup> Insbesondere die strafrechtliche Verantwortlichkeit,<sup>49</sup> die etwa im CompuServe-Fall<sup>50</sup> noch die Gemüter bewegte, aber auch den zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch müssen die Provider nun im Falle der Haftungsprivilegien nicht mehr fürchten.

Ausgenommen von allen unten geschilderten Haftungsprivilegien bleibt allerdings immer der zivilrechtliche Unterlassungsanspruch. Der Anbieter muß also immer damit rechnen, von Dritten auf Unterlassung in Anspruch genommen zu werden, wenn die Kunden des Anbieters rechtswidrige Inhalte verbreiten.<sup>51</sup> Der Anbieter muß also notfalls in der Lage sein, den Zugang zu den rechtsverletzenden Inhalten seines Kunden zu sperren. Diese Regelung der E-Commerce-Richtlinie findet ihre Entsprechung in der urheberrechtlichen Richtlinie der Gemeinschaft zur Informationsgesellschaft, die in ihrem Art. 8 Abs. 3 Unterlassungsansprüche gegen den Provider vorsieht, der urheberrechtsverletzende fremde Inhalte transportiert (das sogenannte „notice and take down“).<sup>52</sup>

Bezogen auf die MMS werden die Anbieter eine solche Haftung auf Unterlassung aber regelmäßig kaum zu befürchten haben. Die Unterlassungshaftung ist eher im Falle des „Hostings“, also bei der traditionellen Website, relevant, denn die Seite ist dauerhaft präsent, wohingegen Email und MMS flüchtig sind, der Zugriff des Providers auf ihren Inhalt ist allenfalls während des kurzen Zeitraums des Zwischenspeicherns möglich. Bei der MMS wird ein Sperren des Zugangs technisch kaum möglich sein, sieht man einmal von der Möglichkeit ab, einen Kunden gänzlich vom Versenden von MMS auszuschließen.

## (2) „Durchleitung von Informationen“ nach § 9 TDG

§ 9 TDG setzt die Vorschrift des Artikel 12 der Richtlinie um. Er gilt für Dienste, die Zugang zu einem Kommunikationsnetz vermitteln (sogenanntes Access-

<sup>48</sup> Vgl. *Freytag*, a.a.O., S. 113.

<sup>49</sup> Vgl. zur Regelung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit durch die E-Commerce-Richtlinie insbesondere *Satzger*, CR 2001, S. 109 ff.

<sup>50</sup> Vgl. zu diesem Fall die Darstellung bei *Spindler*, CR 2001, S. 324 ff.

<sup>51</sup> Das ergibt sich klar aus dem Erwägungsgrund 40 der Richtlinie. Vgl. hierzu *Freytag*, a.a.O. S. 115 f.

<sup>52</sup> Dieser sogenannten *Aquis communautaire* wird auch durch den Erwägungsgrund 50 der E-Commerce-Richtlinie nochmals untermalt.

Providing) oder im Falle der Übermittlung fremder Informationen in diesem Kommunikationsnetz. Dies wird grundsätzlich auch bei der technischen Neuerung der MMS der Fall sein, denn der Anbieter gibt hier den Kunden die Möglichkeit über das GSM-Netz Informationen bis hin ins Internet zu transportieren. Eine gesetzlich privilegierte reinen Durchleitung von Informationen im Sinne des § 9 TDG liegt dann vor, wenn

- (1) nicht der Anbieter sondern der Kunde die Übermittlung veranlaßt,
- (2) dieser auch den Adressaten auswählt und
- (3) der Anbieter keinen weiteren Einfluß auf den übermittelten Inhalt nimmt.

§ 9 Abs. 2 TDG stellt klar, daß eine kurzfristige Zwischenspeicherung des Inhalts zum Zwecke der Übermittlung durch den Anbieter am Haftungsprivileg nichts ändert.

Für dergestalt von Kunden übermittelte Informationen haftet der Anbieter nach § 9 TDG grundsätzlich nicht. Voraussetzung der Privilegierung ist aber stets, daß der Anbieter keinerlei inhaltlichen Einfluß auf die Nachricht nimmt.<sup>53</sup>

Die MMS, so wie sie eingangs skizziert wurde, fällt genau unter dieses Haftungsprivileg, ebenso wie die traditionelle Email. Denn Inhalt, Adressat und Übermittlung gehen vom Kunden aus, der Anbieter nimmt bis auf eine eventuelle Zwischenspeicherung keinen Einfluß auf den Übertragungsvorgang. Folgerichtig haftet der Anbieter für die Übermittlung der fremden Inhalte nicht.

### (3) „Caching“

Das sogenannte „Caching“ kann man technisch gesehen zwischen der reinen Durchleitung und dem Hosting ansiedeln, es ist mehr als die Durchleitung, aber weniger als das Hosting. Das „Caching“ wird als automatische, zeitlich begrenzte Zwischenspeicherung beschreiben, die den alleinigen Zweck hat, die Übermittlung der Information an andere Nutzer effektiver zu gestalten.<sup>54</sup> Sinn und Zweck des Cachings ist es, schnellere Zugriffszeiten etwa auf HTML-Dokumente zu erzielen und damit gleichzeitig den Netzwerkverkehr zu entlasten.<sup>55</sup> Dabei wird auf die in den meisten Browsern integrierte Fähigkeit zurückgegriffen, ein angefordertes Dokument nicht als Original an der Quelle abzurufen, sondern als bereits zwischengespeicherte Kopie beim Proxy-Server. Beim Caching werden die Dokumente, die von einem Nutzer über seinen Browser angefordert werden nicht direkt beim ursprünglichen Server abgeholt, sondern beim Proxy-Server, der regelmäßig örtlich in der Nähe des Browsers installiert sein sollte und eben oft von den Providern gestellt wird. Dieser Proxy-Server mit seinem großen Speicher („cache“) dient als Reservoir von (kürzlich) angeforderten Dokumenten, die der Server in Bezug auf ihre Aktualität prüft und danach an die Nutzer weiterleitet.

Urheberrechtlich relevante Vervielfältigungshandlungen wurden im Bereich des Caching sowohl im internen Rechner-Cache als auch auf Webservern und

<sup>53</sup> Dies stellt auch nochmals der Erwägungsgrund 43 der Richtlinie klar.

<sup>54</sup> Vgl. *Freytag*, a.a.O., S. 118.

<sup>55</sup> Vgl. die Darstellung bei <http://www.zi.unizh.ch/internet/services/proxy>, <http://www.rz.uni-saarland.de/zentserv/webproxy/howitworks.html>, sowie bei <http://www.web-caching.com/welcome.html>.

Hostrechnern (sogenannten „Proxy-Servern“) diskutiert.<sup>56</sup> Dabei ging es stets um die Frage, ob bei einer internen Speicherung im Cache des Rechners des Nutzers oder auf dem des Providers urheberrechtliche relevante Vervielfältigungen stattfinden, die etwaige Rechtsansprüche auslösen könnten.

Diese Fragen dürften heute mit der Umsetzung der Richtlinie zum E-Commerce als erledigt gelten. Denn auch für das Caching sieht die Richtlinie in ihrem Art. 13 ein Haftungsprivileg des Anbieters vor. Voraussetzung ist stets, daß es sich um eine reine „Spiegelung“ andernorts durch den Nutzer gespeicherter Daten handelt. § 10 TDG hat zur Übersetzung des Begriffs „Caching“ den umständlichen Satz „Zwischenspeicherung zur beschleunigten Übermittlung von Informationen“ gewählt. Auch für dieses „Caching“ kann das Haftungsprivileg des Anbieters in Anspruch genommen werden. Voraussetzung ist einmal mehr, daß der Anbieter keinen Einfluß auf die Inhalte nimmt und sich seine Tätigkeit auch im Falle der Aktualisierung solcher Daten auf technische Unterstützung beschränkt.<sup>57</sup> Schließlich muß er die „Spiegelung“ unmittelbar entfernen, sofern das Original vom Nutzer freiwillig oder bedingt durch gerichtliche oder behördliche Anordnung gelöscht wurde. Schadensersatzansprüche wegen Verletzung von Urheberrechten muß er somit nicht mehr fürchten.

Caching könnte auch für Mobilfunkanbieter an Relevanz gewinnen, wenn etwa der Anbieter seinen Kunden über eigene Proxy-Server schnellere Zugriffe auf HTML-Dokumente sichern möchte. Auch hier muß der Anbieter somit, unter Beachtung der Vorgaben des § 10 TDG, nicht mehr mit Haftungsrisiken rechnen.

#### (4) „Hosting“

Mit den Regelungen zum „Hosting“ wird schließlich das Bild der potentiellen Haftung des Anbieters abgerundet, wenn auch das „Hosting“ für den Mobilfunkanbieter (noch) nicht von so entscheidender Bedeutung sein mag. Art. 14 der E-Commerce-Richtlinie und parallel § 11 TDG regeln die Haftung des Providers für die klassische Website ihrer Kunden. Der Anbieter stellt dabei seinem Kunden Speicherkapazität auf eigenen Servern zur Verfügung, die dieser mit eigenen öffentlich zugänglichen Inhalten füllen kann.<sup>58</sup> Das Web-Hosting wird derzeit von vielen Providern wie T-Online aber auch von unabhängigen Dienstleistern wie 1&1.com angeboten, könnte in Zukunft aber auch für Mobilfunkanbieter von Interesse werden, wenn man bedenkt, daß über Schlüsseltechnologien wie UMTS schnelle Internetzugänge angeboten werden können, die es nahelegen, dem Kunden auch eigene Speicherplätze auf Servern des Unternehmens anzubieten.

Auch bei der Haftung des Providers für das Hosting gilt zunächst einmal das haftungsbeschränkende Prinzip der Kenntnis. § 11 TDG formuliert dies als positive Kenntnis oder „Umstände aus denen die rechtswidrige Handlung oder Information offensichtlich würde“, umfaßt damit also auch Fälle der groben Fahrlässigkeit. Erlangt der Anbieter Kenntnis vom rechtswidrigen Inhalt, so bleibt die Privilegierung seiner Haftung nur bestehen, wenn er sodann unmittelbar die

<sup>56</sup> Vgl. Koch, Internet-Recht, S. 431.

<sup>57</sup> Kritisch zu der relativ komplizierten deutschen Umsetzungsgesetzgebung Härtig, CR 2001, 271, 276.

<sup>58</sup> Vgl. hierzu Maennel, a.a.O., S. 64.

rechtswidrigen Informationen entfernt oder den Zugang sperrt, § 11 Nr. 2 TDG (das sogenannte „notice and take down“<sup>59</sup> Beachtet der Anbieter die Vorgaben des § 11 TDG, so beschränkt sich seine strafrechtliche Haftung auf Vorsatz, die zivilrechtliche auf grobe Fahrlässigkeit.<sup>60</sup> Auch im Bereich des Hostings trifft aber den Anbieter keine allgemeine Überwachungspflicht, die ihn zu regelmäßiger Kontrolle der Inhalte der Webauftritte seiner Kunden verpflichten würde, § 8 Abs. 2 S. 1 TDG.

## 2. MMS und Digital Rights Management

Der von den Anbietern bereits heute mit MMS verschickte Content ist grundsätzlich ebenso wie die im Internet auch sonst massenweise kopierten Inhalte leicht verletzlich. Es besteht also ein immenses Bedürfnis danach, die eigenen Inhalte wie etwa Bildschirmschoner, MMS-Bilder, Spieleanwendungen oder Klingeltöne vor der beliebigen Vervielfältigung und Weiterverbreitung durch die Kunden zu schützen. Moderne Mobiltelefone sind grundsätzlich in der Lage alle empfangenen Daten ebenso zügig an andere Nutzer weiterzugeben, wie sie empfangen wurden. Der Primärmarkt für die Anwendungen würde damit aber rasch versiegen. Die Industrie sucht deshalb nach Möglichkeiten, ihre Inhalte zum einen publik zu machen, sie aber andererseits mit Mitteln des DRM zu kontrollieren.

Eine allgemein anerkannte Definition zum DRM existiert bislang nicht.<sup>61</sup> Zudem gibt es auch Unschärfen, was alles in den Bereich der DRM-Systeme einbezogen werden sollte. Grundsätzlich handelt es sich aber immer um elektronische Vertriebssysteme, die eine sichere und kontrollierbare Verbreitung digitaler Inhalte bezwecken, etwa über Internet, Mobiltelefone oder digitale Medien wie CD oder DVD und die dazugehörigen Abspielgeräte.<sup>62</sup> DRM ermöglicht dem Anbieter im Idealfall die lückenlose Kontrolle sowohl der Vertriebswege als auch der Nutzung seines digitalen Contents durch die Endkunden. Ein geeignetes technisches System vorausgesetzt können die Anbieter darüber bestimmen, ob etwa ein Handy-Klingelton vom Erwerber an Dritte weitergegeben werden darf oder nicht, ob an Freunde und Bekannte in der Laufzeit beschränkte Inhalte verbreitet werden dürfen, nach deren Ablaufdatum, ähnlich wie bei den Testversionen von Computerprogrammen eine echte Lizenz erworben werden muß. DRM kann unzählige neue Geschäftsfelder eröffnen.

## III. Zusammenfassung

Die Analyse der neuen Dienste der Mobilfunkanbieter ergibt, daß Angebote wie MMS und mobile Internetzugänge als „Dienste der Informationsgesellschaft“ im Sinne der Richtlinie zum E-Commerce angesehen werden müssen, daß sie somit in Deutschland nach den Vorschriften des TDG beurteilt werden. Auch die Mobilfunkanbieter werden somit künftig in Hinblick auf die durch ihre Kunden (oder fremde Anbieter) in ihren Netzen verbreitete Inhalte in den Genuß der

<sup>59</sup> Vgl. Freytag, a.a.O., S. 119.

<sup>60</sup> Freytag, a.a.O., S. 120.

<sup>61</sup> Vgl. Bechthold, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 2 f.

<sup>62</sup> Ähnlich Bechthold, a.a.O.

Haftungsprivilegierungen des TDG kommen. Sie sind in der Regel nur bei positiver Kenntnis über die Verbreitung rechtswidriger Inhalte durch ihre Kunden zum Einschreiten verpflichtet, eine allgemeine Nachforschungspflicht trifft sie nicht. Mit den überschaubaren detaillierten Haftungsregelungen des TDG sollten sich die Mobilfunkanbieter aber künftig vertraut machen, um vermeidbare Haftungsrisiken auszuschließen.

© Dr. Bernhard Knies 2001