

FESTSCHRIFT FÜR
HELMUT KÖHLER
ZUM 70. GEBURTSTAG

Herausgegeben von

Christian Alexander

Joachim Bornkamm

Benedikt Buchner

Jörg Fritzsche

und

Tobias Lettl

2014

Sonderdruck



THOMAS HOEREN*

Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Nutzung von Augmented-Reality-Apps

I. Einleitung

Helmut Köhler ist einer der Nestoren des deutschen und internationalen Wettbewerbsrechts. Es ist mir daher eine Ehre und Freude, zu seiner Festschrift beitragen zu dürfen; von Münster aus von Herzen Glückwünsche zum runden Geburtstag!

Die nachfolgende Bearbeitung, die auf Veröffentlichungen von Köhler zur Störerhaftung im Wettbewerbsrecht aufbaut,¹ beschäftigt sich mit den seit geraumer Zeit auf dem Markt erhältlichen *Augmented Reality Apps*² (nachfolgend: *AR-Apps*). Diese AR-Apps ermöglichen es, beliebige Bilder, Gegenstände, Sehenswürdigkeiten oder andere Schöpfungen zu scannen und mithilfe der entsprechenden AR-App Informationen zu dem Augenscheinsobjekt zu erhalten. Weiterhin besteht mit solchen Apps die Möglichkeit, den entsprechenden Objekten oder Bildern eigene Zusatzinformationen gleich welcher Art zuzufügen oder diese mit Videos oder Ähnlichem zu verknüpfen, welche dann anderen App-Usern zugänglich sind. Als prominente Beispiele können *junaio*³ und *Layar*⁴ angeführt werden.

Es soll untersucht werden, ob und gegebenenfalls inwieweit in Anbetracht der beschriebenen Nutzungsmöglichkeiten der AR-Apps rechtliche Probleme im Bereich des Markenrechts und angrenzenden Rechtsgebieten auftreten können. Als besonderes Beispiel soll der Fall dienen, in dem die Marke eines bekannten Unternehmens mit einem Video über Tierversuche verknüpft wird.

Dabei wird vor allem zu unterscheiden sein zwischen den jeweiligen Usern, welche das Video mit der Marke verknüpfen, und dem AR-App-Anbieter, welcher die eigentliche App und damit die Plattform für potentielle Rechtsverletzungen zur Verfügung stellt.⁵

II. Rechtsverletzungen durch den App-User

Ausgehend von der Tatsache, dass auch Marken mithilfe der AR-Apps durch Dritte mit Zusatzinformationen versehen werden können, stellt sich die Frage, inwieweit die Marke durch entsprechende Additionen durch den App-User verletzt wird.

1. Markengesetz (MarkenG)

a) Anspruchsgrundlagen: §§ 14, 15 MarkenG

Die §§ 14, 15 MarkenG verkörpern die wesentlichen Anspruchsgrundlagen des Markenrechts. Danach kann der Markeninhaber nach § 4 Abs. MarkenG oder Inhaber einer

* Prof. Dr., ITM Zivilrechtliche Abteilung, Westfälische Wilhelms-Universität Münster.

¹ Köhler GRUR 2008, 1 ff.

² Zu der genauen Unterscheidung zwischen Apps und Browsern → II. 2. a; im Folgenden wird die Terminologie *AR-App* verwandt.

³ www.junaio.com.

⁴ www.layar.com.

⁵ So auch bspw. Müller in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl. 2011, § 14 MarkenG Rn. 6 ff.

geschäftlichen Bezeichnung nach § 5 MarkenG gegen jeden, der im geschäftlichen Verkehr seine Marke (des Markeninhabers) oder geschäftliche Bezeichnung nutzt, Unterlassungsansprüche gem. § 14 Abs. 5 respektive § 15 Abs. 4 MarkenG sowie Schadensersatzansprüche gem. der § 14 Abs. 6 respektive § 15 Abs. 5 MarkenG geltend machen.

b) Regelungsinhalt der §§ 14, 15 MarkenG

Fraglich ist an dieser Stelle, ob die §§ 14, 15 MarkenG einschlägig sind. Der Schutzzumfang des Markenrechts und damit der §§ 14, 15 MarkenG⁶ ist darauf ausgerichtet, dem Inhaber einer Marke sein ausschließliches Recht an dieser zu sichern und somit Dritte von der Benutzung der Marke im geschäftlichen Verkehr, welche zu einer Verletzung von Rechten aus der Marke führen würde, auszuschließen.⁷

Eine Markenverletzung setzt voraus, dass einer der drei Tatbestände des § 14 Abs. 2 MarkenG erfüllt ist. Die Nr. 1–3 des § 14 Abs. 2 MarkenG bieten der Marke der Reihenfolge nach Identitäts-, Verwechslungs- und Bekanntheitsschutz. Nach mittlerweile ständiger Rechtsprechung kann eine markenrechtlich relevante Verletzung nur dann vorliegen, wenn die Verwendung der Marke „markenmäßig“ erfolgt. Dies wiederum ist unter anderem dann der Fall, wenn die Verwendung der Marke herkunftshinweisenden Charakter hat und mithin die Hauptfunktion der Gewährleistung der Herkunft der Ware gegenüber den Verbrauchern beeinträchtigt oder beeinträchtigen könnte.⁸ Eine markenmäßige Nutzung kann sich aber auch auf weitere Funktionen einer Marke erstrecken wie die Garantie- und Qualitätsfunktion,⁹ die Werbefunktion¹⁰ oder die Kommunikationsfunktion.¹¹

Dies vorausgeschickt wird deutlich, dass es für die Anwendbarkeit des Markenrechts auf die aktuelle Problemstellung darauf ankommt, in welcher Weise die Marke durch den App-User genutzt wird. Zieht man exemplarisch das Beispiel der Verknüpfung einer Marke mit dem Video über Tierversuche in einer AR-App heran, so wird man diesem Vorgang durchaus mehrere Funktionen bzw. Zielrichtungen nachsagen können wie beispielsweise bloße neutrale Berichterstattung oder auch gezielte Rufschädigung; jedoch kollidieren diese individuellen Ziele nicht mit den aufgeführten Markenfunktionen. Darüber hinaus muss beachtet werden, dass das Markenrecht wirtschaftlicher Natur ist und das Marktverhalten von Unternehmen in einem gewissen Umfang regulieren soll.¹² Die Tatbestände des § 14 Abs. 2 Nr. 1–3 MarkenG sind offensichtlich darauf ausgerichtet, dass sich ein Wettbewerber nicht auf Kosten eines anderen Mitbewerbers und dessen Markenstärke wettbewerbsrechtliche Vorteile verschaffen soll.

Somit wird die vorliegende Fallkonstellation nicht von den §§ 14, 15 MarkenG erfasst. Etwaige Ansprüche müssen folglich im allgemeinen Zivilrecht gefunden werden.

⁶ Die nachfolgende Problemdarstellung wird anhand des § 14 MarkenG ausgerichtet; nur bei entsprechenden Abweichungen soll auch auf § 15 MarkenG eingegangen werden.

⁷ Althausen in Götting/Meyer/Vornbrock, Gewerblicher Rechtsschutz und Wettbewerbsrecht – Praxishandbuch, 2011, § 22 Rn. 757.

⁸ EuGH Slg. 2004, I-10989 = GRUR 2005, 153 (155); Slg. 2009 I-5185 Rn. 58 = GRUR 2009, 756 (761); so auch BGH GRUR 2003, 332 (333).

⁹ So wohl Schell in Götting/Meyer/Vornbrock, Gewerblicher Rechtsschutz und Wettbewerbsrecht – Praxishandbuch, 2011, § 22 Rn. 58.

¹⁰ EuGH Slg. 2009, I-5185 Rn. 41 = GRUR 2009, 756 (760).

¹¹ So Schell in Götting/Meyer/Vornbrock, Gewerblicher Rechtsschutz und Wettbewerbsrecht – Praxishandbuch, 2011, § 22 Rn. 60 unter Bezugnahme auf den EuGH, der zumindest im Hinblick auf vergleichende Werbung auch die Verletzung einer anderen Markenfunktion ausreichen lässt, Slg. 2009, I-5185 Rn. 65 = GRUR 2009, 756 (761).

¹² Fezer Markenrecht, 4. Aufl. 2009, § 14 MarkenG Rn. 23.

c) Begriff des geschäftlichen Verkehrs

§ 14 Abs. 2, Abs. 4 MarkenG setzt darüber hinaus ein Handeln im geschäftlichen Verkehr voraus. Hintergrund dieser Einschränkung ist die Tatsache, dass das Markenrecht auf den wirtschaftlichen Wettbewerb ausgerichtet ist und das Marktverhalten von Unternehmen beeinflussen soll.¹³

Laut BGH wird ein Zeichen im geschäftlichen Verkehr verwendet, wenn seine Benutzung im Zusammenhang mit einer auf einen wirtschaftlichen Vorteil gerichteten, kommerziellen Tätigkeit und nicht im privaten Bereich erfolgt.¹⁴ Dabei werden im Interesse des Markenschutzes keine hohen Anforderungen an den Begriff des geschäftlichen Verkehrs gestellt.¹⁵ Es ist weder eine Gewinnerzielungsabsicht noch eine Entgeltlichkeit von Nöten.¹⁶ Hingegen ist der Tatbestand des § 14 MarkenG bei privatem,¹⁷ hoheitlichem, wissenschaftlichem, sozialem oder ideellem Handeln ausgeschlossen.¹⁸

Hierin liegt wohl ein zweites potientielles Hindernis für die Anwendbarkeit der §§ 14, 15 MarkenG: Speziell im Hinblick auf die Verknüpfung der Marke mit Artikeln, Videos, Meinungen, etc. wird man in AR-Apps vielfach User antreffen, welche bloß im privaten Rahmen ihre Meinung äußern bzw. Tatsachen oder Behauptungen veröffentlichen möchten. In diesen Situationen fehlt es an dem wirtschaftlichen Hintergrund der Äußerung, so dass die Anwendung auch am Merkmal des geschäftlichen Verkehrs scheitert.

2. Allgemeines Zivilrecht

a) § 823 Abs. 1 BGB

Die Immaterialgüterrechte sind grundsätzlich als sonstige Rechte im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB anerkannt.¹⁹ Dies bedeutet jedoch nicht, dass § 823 Abs. 1 BGB einschränkungslos auf markenrechtliche Konstellationen anwendbar ist. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass seit Inkrafttreten des Markenrechts am 1.1.1995 der Schutz (bekannter) Marken erschöpfend in § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG geregelt sei;²⁰ jedenfalls seien Ausnahmen von dieser Systematik nur in Ausnahmefällen denkbar.²¹

Dieser Ansatz kann hier jedoch dahinstehen, da wie aufgezeigt schon kein Eingriff im markenrechtlichen Sinne vorliegt und somit etwaige Ausnahmen nicht gefunden werden müssen.

Vielmehr könnte hier das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb aufgrund der Fallgruppe der geschäftsschädigenden Kritik tangiert sein.²² Zu differenzieren ist erneut, ob diese Kritik von einem Privaten stammt oder die Parteien in einem Wettbewerbsverhältnis zueinander stehen; dann richtet sich die weitere rechtliche Beurteilung nach § 4 Nr. 7, 8 UWG.²³

¹³ Fezer Markenrecht, 4. Aufl. 2009, § 14 MarkenG Rn. 23.

¹⁴ BGH GRUR 2009, 871 (872); Fezer Markenrecht, 4. Aufl. 2009, § 14 MarkenG Rn. 24.

¹⁵ BGH GRUR 2009, 871 (872).

¹⁶ BGH GRUR 1987, 438 (440).

¹⁷ BGH GRUR 2008, 702 (705).

¹⁸ Müller in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl. 2011, § 14 MarkenG Rn. 22.

¹⁹ MüKoBGB/Wagner, 6. Aufl. 2013, Bd. 5, § 823 Rn. 226.

²⁰ BGH GRUR 1999, 161 (162); Ingerl/Rohnke Markengesetz, 3. Aufl. 2010, § 14 Rn. 1291 u. 1299 ff.

²¹ BGH GRUR 2005, 163 (165); anerkannt sind in diesem Zusammenhang die Lächerlichmachung einer Marke sowie sonstige Rufschädigungen, gegen welche der Schutz des Markenrechts versagt; vgl. MüKoBGB/Wagner, 6. Aufl. 2013, § 823 Rn. 227; Ingerl/Rohnke Markengesetz, 3. Aufl. 2010, § 14 Rn. 1297.

²² Vgl. auch darstellend MüKoBGB/Wagner, 6. Aufl. 2013, § 823 Rn. 250 ff. und 270 ff.

²³ MüKoBGB/Wagner, 6. Aufl. 2013, § 823 Rn. 270; vgl. dazu näher Köhler/Bornkamm/Köhler UWG, 32. Aufl. 2014.

Im Hinblick auf Private folgt die sich anknüpfende Prüfung des § 823 Abs. 1 BGB bekannten Mustern, welche in diesem Rahmen als bekannt vorauszusetzen sein dürften, so dass nur auf die Beurteilung der Natur der Äußerung im Einzelfall einzugehen ist.

Die Haftungsvoraussetzungen bestimmen sich zunächst danach, ob eine Tatsachenbehauptung oder ein Werturteil vorliegt.²⁴

Im Rahmen von Werturteilen verlangt die Rechtsprechung, dass im Hinblick auf die verfassungsrechtlich verankerte Meinungsfreiheit in Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG ein großzügiger Maßstab angesetzt wird.²⁵ Auch wenn dem Unternehmen die Wertung aus Art. 12 Abs. 1 GG zur Seite steht, so muss sich das Unternehmen doch im Rahmen eines fairen Leistungswettbewerbs kritische Meinungsäußerungen über seine Produkte und seinen Geschäftsbetrieb entgegenhalten lassen.²⁶ Die Grenze ist in der Regel dann erreicht, wenn die Kritik in Schmähkritik übergeht und lediglich der Herabsetzung des Unternehmens dient.²⁷

Im Gegensatz kann erwiesenermaßen falschen Tatsachenbehauptungen kein relevanter Nutzen im Hinblick auf die öffentliche Meinungsbildung beigemessen werden, so dass diese regelmäßig einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellen.²⁸ In diesem Zusammenhang muss dann weiter differenziert werden, ob dem Erklärenden die Unrichtigkeit der Tatsache im Zeitpunkt der Äußerung bekannt war oder ob er sich jedenfalls um die Aufklärung des Sachverhalts bemüht hat.²⁹

Schließlich kann sich der Gewerbetreibende gegen die Verbreitung wahrer Tatsachen nur im Einzelfall zur Wehr setzen.³⁰

b) Weitere Anspruchsgrundlagen

Gesetzt den Fall, dass ein entsprechender Sachverhalt vorliegt, können auch weitere Anspruchsgrundlagen wie unter anderem § 823 Abs. 2 iVm §§ 186 ff. StGB, § 824 BGB, § 826 BGB, § 1004 BGB, §§ 3, 4 UWG, § 97 UrhG, § 35 BDSchG einschlägig sein.

III. AR-App-Anbieter

1. MarkenG

Im Hinblick auf den App-Anbieter gilt in Bezug auf markenrechtliche Ansprüche oben Gesagtes, so dass festzuhalten bleibt, dass im konkreten Tierversuchs-Beispiel schon das MarkenG nicht zur Anwendung kommt. Selbst wenn man unter anderen Sachverhalts Umständen zu einer markenmäßigen Benutzung im Sinne von § 14 Abs. 2 MarkenG gelangte, so kann der App-Anbieter zumindest nicht als Täter oder Teilnehmer herangezogen werden, da dieser den Tatbestand selbst nicht verwirklicht hat.³¹

²⁴ MüKoBGB/Wagner, 6. Aufl. 2013, § 823 Rn. 272.

²⁵ BGH NJW 2002, 1192 (1193).

²⁶ BGH NJW 1966, 1617 (1619).

²⁷ BVerfG NJW 1995, 3303 (3304); BGH NJW 1966, 1617 (1619).

²⁸ Vgl. nur BVerfG NJW 1983, 1415 (1415 f.).

²⁹ MüKoBGB/Wagner, 6. Aufl. 2013, § 823 Rn. 273.

³⁰ BVerfG NJW-RR 2000, 1209 (1210); zu unterscheiden ist der Anwendungsbereich der §§ 3, 4 Nr. 7 UWG, nach welchen im Einzelfall rufschädigende Kritik eines Wettbewerbs trotz ihrer Tatsächlichkeit sittenwidrig sein kann, vgl. BGH GRUR 1962, 45 (48).

³¹ BGH MMR 2011, 172 (173): Der BGH nimmt hier auch zu einer Konstellation der Gehilfenstellung durch Unterlassen Stellung, erkennt jedoch, dass es dazu einer Abwendungspflicht des Markenrechtsverstoßes bedürfe. Im Weiteren lässt der BGH offen, ob eine solche auch in markenrechtlichen Konstellationen besteht, kommt jedoch zu dem Schluss, dass selbst im Falle des Bestehens etwaiger Gegenmaßnahmen unzumutbar wären, BGH MMR 2011, 172 (173); für eine Haftung als Täter oder Teilnehmer vgl. Köhler GRUR 2008, 1 (6 f.).

2. Störerhaftung/Telemediengesetz (TMG)

a) Anwendbarkeit des TMG auf AR-App-Anbieters

Löst man sich ein wenig von dem konkreten Beispiel und geht man von der Hypothese aus, dass der App-User eine relevante Rechtsverletzung gleich welcher Art begangen hat, so stellt sich im Weiteren die Frage, ob gegen den AR-App-Anbieter, welcher durch die Bereitstellung der AR-App die Plattform für die Rechtsverletzung anbietet, vorgegangen werden kann. Eine entsprechende Zurechnung der Handlung des Dritten kann sich gegebenenfalls aus dem TMG ergeben.

Nach § 1 Abs. 1 S. 1 TMG gilt das Telemediengesetz grundsätzlich für alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, sofern nicht die Negativabgrenzung im zweiten Halbsatz einschlägig ist.

Bei einer App kann schon die Frage der Anwendbarkeit des TMG durchaus relevant sein, denn durch das Merkmal „elektronisch“ werden insbesondere „offline“-Medien aus dem Anwendungsbereich des TMG eliminiert.³² Dementsprechend ist erforderlich, dass eine App eine Onlineverbindung herstellt und nicht nur Daten transportiert (wie etwa beim „Streaming“), sondern Daten auch entsprechend aufbereitet.³³

Hierbei wird grundsätzlich zunächst die Funktionsweise der AR-App zu untersuchen sein. Zu unterscheiden ist nämlich insbesondere zwischen *augmented reality apps* und *augmented reality browser*. Der hauptsächliche Unterschied liegt darin, dass die *browser* ständig online sein müssen, da sie erst durch das Scannen des Augenscheinobjekts und/oder durch die GPS-Positionsbestimmung (die so genannten „*Location Based Services*“) auf hinterlegte oder verlinkte Inhalte zugreifen. Hingegen kann sich bei den *apps* im eigentlichen Sinne die *Situation* so (aber nicht notwendigerweise) darstellen, dass die Inhalte zu dem gescannten **Objekt bereits in der app untergebracht werden**. Dadurch wird eine Online-Verbindung entbehrlich.³⁴

Die im Rahmen der Anfrage speziell erwähnten Anwendungen *junaio* und *Layar* funktionieren über die dargestellte *browser*-Technik. Obgleich sie als AR-App erhältlich sind und auch in Form einer AR-App durch den App-User verwendet werden, muss dennoch eine Online-Verbindung bestehen, damit ein Zugriff auf die hinterlegten oder verlinkten Inhalte ermöglicht werden kann.³⁵

b) Qualifikation des AR-App-Anbieters im Sinne der §§ 7ff. TMG

aa) Die Systematik der §§ 7ff. TMG

Sofern man die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 S. 1 TMG bejaht hat, muss der App-Anbieter gemäß seiner Provider³⁶-Eigenschaft nach den §§ 7ff. TMG eingeordnet werden. In dieser Hinsicht kennt das TMG vier verschiedene Provider. § 7 Abs. 1 TMG befasst sich mit dem sogenannten Content-Provider, welcher eigene Informationen zur Nutzung

³² Vgl. jurisPK-Internetrecht/Heckmann, 2. Aufl. 2009, Kapitel 1.1 Rn. 35; Hoffmann MMR 2013, 631 (633).

³³ Hoffmann MMR 2013, 631 (633).

³⁴ Quelle: *Augmented Minds Ambrus & Lonau GbR*, unter: <http://www.augmented-minds.com/de/erweiterte-reality-anwendung/was-ist-augmented-reality>, zuletzt aufgerufen am 14.1.2014.

³⁵ Vgl. *Augmented Minds Ambrus & Lonau GbR*, unter: <http://www.augmented-minds.com/de/erweiterte-reality-anwendung/was-ist-augmented-reality>, zuletzt aufgerufen am 14.1.2014; zu *junaio*: Frequently Asked Questions“ (FAQ's) zu *junaio*, unter <http://www.junaio.com/faq/>, Unterpunkt „Why does junaio access to the following smartphone or device functionalities“, zuletzt aufgerufen am 14.1.2014.

³⁶ Der Provider ist bedeutungsgleich mit dem Diensteanbieter im Sinne des TMG und insbesondere der §§ 7ff. TMG.

bereithält. Dieser ist grundsätzlich für die eigenen Informationen, die er zur Nutzung bereithält, nach den allgemeinen Gesetzen verantwortlich.

Daneben befasst sich das Gesetz in den §§ 8, 9 TMG mit den Access-Providern, wobei § 9 TMG den Spezialfall des Cache-Providers regelt. Diese sind für die Inhalte, welche sie für Dritte zugänglich machen, unter den gesetzlichen Voraussetzungen nicht verantwortlich. Einen gesetzlich normierten Ausnahmetatbestand bildet das kollusive Verhalten von Provider und Drittem im Sinne von (§ 9 S. 2 TMG iVm) § 8 Abs. 1 S. 2 TMG.

Letztlich ist in § 10 TMG der Host-Provider geregelt, welcher fremde Informationen für einen Dritten bereithält, also speichert. Auch dieser ist grundsätzlich nicht für die Inhalte Dritter verantwortlich.

bb) Content-Provider gemäß § 7 Abs. 1 TMG

(1) *Beurteilung anhand des Wortlauts des § 7 Abs. 1 TMG.* Die verschiedenen Arten der Verantwortlichkeit richten sich also danach, ob der Provider eigene oder fremde Informationen bereithält. Diese Einordnung ist gewiss vom Einzelfall abhängig.

Die dargestellte Funktionsweise der AR-Apps lässt zunächst vermuten, dass sie keine eigenen Inhalte anbieten, sondern lediglich auf Inhalte von Dritten zurückgreifen, was ihre Verantwortlichkeit für diese Inhalte nach § 7 Abs. 1 TMG entfallen ließe.

(2) *Die Figur des „Sich-Zueigenmachens“ von Informationen.* Jedoch ist in diesem Fall die gesetzlich nicht geregelte und auch in der Rechtsprechung noch nicht in allen Einzelheiten geklärte Variante des „Sich-Zueigenmachens“ von Informationen zu beachten. Dabei werden Informationen, welche der Diensteanbieter für einen Dritten abspeichert, dem Diensteanbieter zugerechnet. Nach umstrittener Ansicht des LG Hamburg sei das Zueigenmachen schon dann erreicht, wenn der Diensteanbieter Informationen auf seiner Homepage zur Verfügung stellt – unabhängig von der Tatsache, ob diese Informationen von einem Dritten herrühren. Zur Begründung trägt das LG Hamburg vor, dass der Inhaber der Domain, welcher den Internetauftritt betreibt, auch die rechtliche Verantwortung für diesen Auftritt übernehmen muss.³⁷ Die Zurechnung könne jedenfalls dann nicht erfolgen, wenn der Diensteanbieter sich konkret und ausdrücklich von dem Inhalt distanziert.³⁸

Nicht in dieser Strenge äußerte sich das KG Berlin und machte das Zueigenmachen von Informationen von diversen Kriterien abhängig, wie der Art der Datenübernahme und dem Zweck und der konkreten Präsentation der Inhalte durch den Diensteanbieter. Dabei stellte das KG Berlin auf eine Gesamtschau aus Sicht eines objektiven Dritten ab.³⁹ Das KG kam in diesem Fall zu dem Ergebnis, dass sich der Diensteanbieter mit den Informationen des Dritten derart identifiziert habe, dass sogar der dezente und recht unauffällige Hinweis auf die fremde Urheberschaft nicht ausreiche, um das Sich-Zueigenmachen zu verhindern.⁴⁰

Ähnlich argumentierte der BGH im Jahre 2012, als er hinsichtlich von RSS-Feeds entschied, dass eine objektive Sicht auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände entscheidend sei. So könne man sich eine fremde Äußerung zu eigen machen, indem man diese so in einen eigenen Gedankengang einfüge, dass die gesamte Äußerung als eine eigene erscheine.⁴¹

³⁷ LG Hamburg MMR 2007, 450; kritisch dazu Hoeren, Internet- und Kommunikationsrecht, Praxislehrbuch, 2. Aufl. 2012, S. 415 f.; Leible, Anmerkung zum Urteil des BGH 30.6.2009 – VI ZR 210/08, in Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhrling (LMK) 2009, 293073.

³⁸ LG Hamburg MMR 2007, 450.

³⁹ KG MMR 2010, 203 (203 f.).

⁴⁰ KG MMR 2010, 203 (204).

⁴¹ BGH MMR 2012, 623 (624).

Überdies ist nach Ansicht des BGH bei der Bereitstellung fremder Inhalte zu beachten, dass die redaktionelle Kontrolle der Inhalte und deren Billigung zum Zueigenmachen der Drittinformationen führen können.⁴²

In demselben Urteil entschied der BGH, dass auch der Hinweis auf die Fremdheit der Informationen das Sich-Zueigenmachen nicht notwendigerweise entfallen ließe.⁴³ In diesem Fall vervielfältigte der Diensteanbieter Kochrezepte von Dritten und bot sie auf seiner Homepage an. Der BGH verkannte dabei nicht, dass es für einen objektiven Nutzer eines solchen Internetportals in der Regel erkennbar sei, dass die Rezepte von Dritten stammen. Jedoch stellte er auf eine Gesamtschau der Umstände ab und kam zu dem Schluss, dass der Diensteanbieter den Anschein erwecke, er identifiziere sich mit den Inhalten. In diesem Zusammenhang spielte auch die Tatsache eine Rolle, dass das Logo des Diensteanbieters sehr vereinnahmend gestaltet war und dadurch von der Drittherkunft der Informationen abgelenkt werden konnte. Überdies räumte sich der Diensteanbieter mithilfe seiner AGB Nutzungsrechte an den Rezepten ein und bot Nutzern an, die Rezepte weiterzuverbreiten, wodurch sich der Diensteanbieter auch wirtschaftlich als verantwortlich gerierte.⁴⁴

(3) *Ergebnis.* Im Ergebnis kann nicht verallgemeinert werden, ob die Providereigenschaft eines AR-App-Anbieters generell unter § 7 Abs. 1 TMG subsumiert werden kann. Nach der Auswertung der Rechtsprechung muss in jedem Fall eine Gesamtschau der AR-App und ihrer Funktions- und Darstellungsweise herangezogen werden. Anhand des Beispiels *junaio* könnte man anführen, dass sowohl auf der Homepage zu der App,⁴⁵ als auch in der Beschreibung der App im *Apple App-Store* darauf hingewiesen wird, dass die bereitgestellten Informationen aus dritter Hand bzw. aus Kooperationen mit anderen Online-Diensten stammen.

Hingegen spielt die Darstellung der Informationen wie aufgezeigt ebenfalls eine entscheidende Rolle. Wenn man *junaio* nutzt und auf diese Weise mit Informationen versorgt wird, so scheinen Angaben zu den Quellen der Informationen (zumindest teilweise) in dem Augenblick der Informationsausgabe auf dem Bildschirm des mobilen Endgerätes ausgelassen zu werden.⁴⁶

Dem wird wiederum entgegengehalten werden können, dass die unglaubliche Fülle und vor allem auch die Breite des Informationsspektrums einem vernünftigen und objektiven Dritten suggerieren, dass die Informationen nicht aus einer Hand stammen können, sondern vielmehr im Rahmen eines – laienhaft ausgedrückt – unabhängigen Informationsportals zur kollektiven Nutzung wiedergegeben werden.

Gegen diese Auffassung spricht jedoch gewichtig, dass es gerade das Geschäftsmodell der AR-App beinhaltet, die Informationen zusammenzutragen, da der AR-Browser ohne die Möglichkeit Informationserlangung für den gemeinen Anwender nutzlos wäre.

Ein entscheidender Aspekt, der letztlich die Anwendung des § 7 Abs. 1 TMG scheitern lassen sollte, ist die Tatsache, dass AR-Apps wie beispielsweise *junaio* nur durch die Mitarbeit der externen Dritten bzw. durch die Kooperationspartner funktionieren können. Der Erfolg dieser AR-Apps hängt gerade davon ab, durch ein besonders großes Informationsvolumen dem AR-App-User mehr Inhalt zu bieten als konkurrierende Anbieter. Insofern und aufgrund des zunehmenden Volumens und der Vielfältigkeit der angebotenen Daten muss der Eindruck erweckt werden, dass sich der App-Anbieter die Informationen der Dritten nicht zu eigen machen will. Entscheidend ist hierbei insbesondere der Aspekt der Veränderbarkeit der angebotenen Informationen: Ähnlich wie bei Wikipedia können

⁴² BGH GRUR 2010, 616 (618).

⁴³ BGH GRUR 2010, 616 (618f.).

⁴⁴ BGH GRUR 2010, 616 (618f.).

⁴⁵ www.junaio.com.

⁴⁶ Vgl. insoweit den offiziellen Youtube-Clip unter http://www.youtube.com/watch?v=tkcHs_LIGvo, zuletzt aufgerufen am 14.1.2014.

Dritte die Informationen abändern und somit jederzeit aktiv in die Informationsübermittlung an den App-User eingreifen. Eine Archivierung der ehemaligen Informationen ist ebenfalls nicht ersichtlich. Insofern scheint es nicht vertretbar, den Provider mit der uneingeschränkten Zurechnung aus § 7 Abs. 1 TMG zu belasten.

Die letztendliche Einordnung bleibt jedoch eine Einzelfallangelegenheit und dem zuständigen Gericht überlassen.

cc) Cache-Provider gem. § 9 TMG

Teilweise wird der AR-Provider als Cache-Provider im Sinne von § 9 TMG zu klassifizieren sein. Das liegt daran, dass beispielsweise *junaio* zeitweise Informationen bzw. Daten auf dem Telefon des Users zwischenspeichern (*cache*n) muss, um die Funktionalität und Qualität des Dienstes zu gewährleisten.⁴⁷ In der Praxis wird eine Verantwortlichkeit aus § 9 TMG selten in Frage kommen, außer der Provider hat die Informationen im Sinne von § 9 S. 1 Nr. 1 TMG verändert oder es liegt kollusives Zusammenwirken mit dem Nutzer im Sinne von Satz 2 vor.

dd) Host-Provider gem. § 10 TMG

§ 10 TMG bestimmt, dass Provider für fremde Informationen, welche sie für einen Dritten speichern, nicht verantwortlich sind, wenn sie entweder keine Kenntnis von rechtswidrigen Handlungen oder Informationen (des Dritten) haben und im Falle von Schadensersatzansprüchen auch keine Tatsachen bekannt sind, aus welchen die rechtswidrige Handlung oder Information offensichtlich wird, oder sie unverzüglich tätig geworden sind, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren, sobald sie Kenntnis⁴⁸ erlangt haben. Besonders in Abgrenzung zu den Ausführungen zu § 7 Abs. 1 Abs. 1 TMG wird der AR-App-Anbieter regelmäßig als Host-Provider einzustufen sein. Aus § 7 Abs. 2 S. 1 TMG iVm § 10 TMG ergibt sich ferner, dass Provider im Sinne von § 10 TMG nicht verpflichtet sind, die von ihnen gespeicherten oder übermittelten Informationen zu überwachen oder nach Umständen zu forschen, welche auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen.⁴⁹

ee) Rechtsfolgen

Geht man also davon aus, dass der App-Provider zumeist als Host-Provider einzustufen sein wird, so müssen entsprechende Rechtsfolgen vor dem Hintergrund der Regelung aus § 10 S. 1 iVm § 7 Abs. 2 S. 1 TMG gesehen werden, dass den Host-Provider keine Überwachungs- und Forschungspflichten im Hinblick auf von ihm übermittelte oder gespeicherte Informationen treffen.

Aufgrund dieser Rechtslage kam der BGH zu dem Schluss, dass den Host-Provider keine Haftung als Täter oder Teilnehmer einer Rechtsverletzung des Dritten treffe.⁵⁰ Das ändert gem. § 7 Abs. 2 S. 2 TMG allerdings nichts an der Pflicht des Providers, nach Entdeckung von rechtswidrigen Handlungen oder Informationen deren Sperrung oder Nutzungsuntersagung nach allgemeinen Grundsätzen herzuleiten. Die Privilegierungen der §§ 8–10 TMG finden nur auf Schadensersatzansprüche, nicht jedoch auf Unterlassungsansprüche Anwendung, arg. ex § 7 Abs. 2 S. 2 TMG, so dass die Unterlassungsansprüche nicht auf diesem Wege entfallen.⁵¹ Der Host-Provider wird in solchen Fällen auch bei

⁴⁷ Vgl. „Frequently Asked Questions“ (FAQ's) zu *junaio*, unter <http://www.junaio.com/faq/>, Unterpunkt „Why does junaio access to the following smartphone or device functionalities“, zuletzt aufgerufen am 14.1.2014.

⁴⁸ Seit EuGH NJW 2010, 2029 steht fest, dass es sich dabei auch um die Kenntnis der Rechtswidrigkeit handelt; so auch nachfolgend BGH MMR 2010, 475 (480).

⁴⁹ so auch BGH MMR 2014, 55 (57).

⁵⁰ BGH MMR 2014, 55 (56); NJW 2007, 2636 (2638); MMR 2004, 668 (671).

⁵¹ Vgl. nur OLG Hamburg MMR 2009, 405 (407).

Nichtkenntnis der Rechtsverletzung als Störer im Sinne der §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB (analog) angesehen.⁵² Auch wenn der Host-Provider in einem solchen Fall nicht der unmittelbare Störer ist, so ist eine Unterscheidung zwischen direktem und indirektem Störer im Rahmen von § 1004 BGB irrelevant.⁵³ Um die Haftung des mittelbaren Störers nicht ausufern zu lassen und eine solche nicht über Gebühr auf Dritte zu erstrecken, stellt die mittlerweile ständige Rechtsprechung darauf ab, ob der Dritte gegen eine wettbewerbsrechtliche Verkehrspflicht verstößt, indem er in seinem Verantwortungsbereich eine Gefahrenquelle schafft oder andauern lässt.⁵⁴ Diese Verkehrspflicht erschöpft sich bei Teleliedienstbietern in einer Prüfpflicht.⁵⁵ Diese wird allerdings in der Regel erst dann relevant, wenn der Provider von einer Rechtsverletzung erfährt;⁵⁶ das ergibt sich wiederum daraus, dass der Gesetzgeber die Zurechnung und Verantwortlichkeit von Providern im TMG besonders geregelt hat und dieser Zustand nicht durch einen Rückgriff auf das allgemeine Gesetz umgangen werden soll.⁵⁷

Die Haftung ergibt sich gem. § 7 Abs. 2 S. 2 TMG aus den allgemeinen Gesetzen und ist gem. der §§ 823, 1004 BGB analog gerichtet auf die Verpflichtung der Entfernung oder Sperrung der Nutzung der rechtsverletzenden Informationen.

IV. Zusammenfassung

Trotz der sehr innovativen und letztlich wohl im Vorfeld der Kodifizierung der aktuellen Gesetze nicht vorhersehbaren Technologie der *Augmented Reality* kann resümiert werden, dass die denkbaren Probleme en gros mithilfe der gesetzlichen Regelungen einem vertretbaren Ergebnis zugeführt werden können.

Es stellt sich als wesentlich dar, dass die Haftung des AR-App-Users und der AR-App-Anbieters unterschiedlich zu behandeln sind. Zu beachten gilt es des Weiteren, dass die Rufschädigung einer Marke oder einer geschäftlichen Bezeichnung generell nicht unter das MarkenG zu subsumieren ist. Unterdessen sind Rufschädigungen eines Unternehmens schon des Öfteren in der Rechtsprechung behandelt worden und können gegebenenfalls über allgemeine zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen behandelt werden.

Ferner muss im Rahmen der Haftung des AR-App-Anbieters genau geprüft werden, ob dieser einen elektronischen Informationsdienst anbietet und somit nach dem TMG zu behandeln ist. Nach hier vertretener Ansicht ist der AR-App-Provider bei Eröffnung des TMG jedenfalls als Host-Provider (mit Ausnahme der beschriebenen Cache-Konstellationen) einzuordnen.

⁵² BGH MMR 2004, 668 (671).

⁵³ BGH MMR 2014, 55 (56); GRUR 2009, 1093 (1093); eine einzige Ausnahme machte der BGH im Urteil v. 12.7.2007 – I ZR 18/04 Rn. 22 ff., in Bezug auf den Verkauf jugendgefährdender Schriften auf eBay: Auch dort verneinte er zwar die generelle Haftung des Plattformbetreibers als Täter oder Teilnehmer, jedoch statuierte er einen täterschaftlichen Verstoß gegen § 3 UWG mit der Begründung, dass der Host-Provider, der durch sein geschäftliches Handeln insoweit eine Gefahr für den wettbewerblichen Verkehr schafft, als dass Dritte das durch das Wettbewerbsrecht geschützte Interesse von Marktteilnehmern verletzen, diese Gefahr im Rahmen des Zumutbaren begrenzen. Der BGH hielt es hier für vertretbar und zumutbar, dass der Host-Provider Maßnahmen ergreifen müsse, damit solche Rechtsverletzungen in der Zukunft unterbunden würden.

⁵⁴ BGH GRUR 2007, 890 (894).

⁵⁵ BGH GRUR 2007, 890 (894).

⁵⁶ OLG München MMR 2006, 739 (740).

⁵⁷ Vgl. auch OLG Hamburg MMR 2009, 405 (408 f.).