

Stellungnahme

Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums

Hier: Fragebogen der EU-Kommission zu den Auswirkungen der Richtlinie 2004/48 EG

8. April 2009

Seite 1

Der Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. vertritt mehr als 1.200 Unternehmen, davon 900 Direktmitglieder mit etwa 135 Milliarden Euro Umsatz und 700.000 Beschäftigten. Hierzu zählen Anbieter von Software, IT-Services und Telekommunikationsdiensten, Hersteller von Hardware und Consumer Electronics sowie Unternehmen der digitalen Medien. Der BITKOM setzt sich insbesondere für bessere ordnungspolitische Rahmenbedingungen, eine Modernisierung des Bildungssystems und eine innovationsorientierte Wirtschaftspolitik ein.

BITKOM nimmt im Folgenden zu den für die Mitglieder relevanten Fragen Stellung. Im Übrigen wird auf die Stellungnahmen des BITKOM vom 2. April 2007 verwiesen.

Artikel 4 - Zur Beantragung der Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe befugte Personen

1. Inwieweit hat die Ausweitung der Personengruppe, die befugt ist, Durchsetzungsmaßnahmen zu beantragen, den Zugang zu den Gerichten tatsächlich erleichtert?

Es kann über keine Erfahrungen berichtet werden.

Artikel 5 – Urheber- oder Inhabervermutung

2. Welche Erfahrungen sind in Ihrem Land mit der Urheber- oder Inhabervermutung gemacht worden? Hat die Einführung dieser Vermutung die Verfahren beschleunigt?

Die Neufassung der Vermutungsregeln in § 10 UrhG ist zu begrüßen. Es bleibt aber unbefriedigend, dass die Vermutungsregel weiterhin nicht auch zugunsten der Unternehmen selbst, sondern nur zugunsten einzelner Entwickler gilt. Tatsache ist, dass die ausschließlichen urheberrechtlichen Nutzungsrechte z.B. hinsichtlich der allermeisten Computerprogramme bei Unternehmen nicht bei den dort angestellten Programmierern liegen. Deshalb sollten sich auch die Unternehmen und nicht nur die individuellen Entwickler auf die Vermutungsregel berufen können. Ansonsten kann es passieren, dass ein Unternehmen z.B. dazu gezwungen wird, in einem Verletzungsprozess die gesamte Entwicklungsgeschichte eines Computerprogramms und die Beiträge aller beteiligten angestellten Entwickler zu schildern und unter Beweis zu stellen.

Bundesverband
Informationswirtschaft,
Telekommunikation und
neue Medien e.V.

Albrechtstraße 10 A
10117 Berlin-Mitte
Tel.: +49.30.27576-0
Fax: +49.30.27576-400
bitkom@bitkom.org
www.bitkom.org

Ansprechpartner
Dr. Mario Rehse
Referent Gewerblicher
Rechtsschutz & Urheber-
recht
Tel.: +49.30.27576-155
Fax: +49.30.27576-51-155
m.rehse@bitkom.org

Präsident
Prof. Dr. Dr. h.c. mult.
August-Wilhelm Scheer

Hauptgeschäftsführer
Dr. Bernhard Rohleder

Stellungnahme

Auswirkungen Durchsetzungsgesetz

Seite 2

Artikel 6 und 7 – Beweise und Maßnahmen zur Beweissicherung

3.1 Sind Sie der Meinung, dass die Erhebung der erforderlichen Beweise sich verbessert hat?

Die BITKOM-Mitglieder haben in den vergangenen 15 Jahren, also schon lange vor der Verabschiedung der Durchsetzungsrichtlinie, in erheblichem Umfang Beweismittelbesichtigungen durchgeführt und dabei überwiegend positive Erfahrungen gemacht. Zügige Beweismittelbesichtigungen haben in vielen Fällen zu einer zeitnahen Einigung geführt. Probleme gab es in einigen wenigen Landgerichtsbezirken. Die Neuregelung ließ deshalb hoffen, dass die Beweismittelbesichtigung fortan bundesweit einheitlich wirksam erfolgt. Unserer Auffassung nach ist dies allerdings nicht eingetreten. So ist bei den Gerichten, die bereits in der Vergangenheit bei der Beweiserhebung nur zögerlich voran gegangen sind, keine nennenswerte Verbesserung eingetreten.

So hat ein Kammergericht beispielsweise abgelehnt, Gutachten unverzüglich an die Parteien weiter zu leiten mit der Begründung, dass dies eine Vorwegnahme der Hauptsache sei. Die Rechteinhaber mussten die Gegner separat auf Zustimmung zur Einsichtnahme in das Gutachten in Anspruch nehmen. Aus dem Softwarebereich sei ein weiteres Beispiel genannt, in dem das Kammergericht es nicht gestattet hat, dass der Sachverständige auch die Lizenzbelege einsieht und mit den Installationen abgleicht. Diese Entscheidung wurde mit der Darlegungs- und Beweislast im Verletzungsprozess begründet, die das Kammergericht auf das vorgeschaltete Beweismittelbesichtigungsverfahren übertragen hat. So muss im Verletzungsprozess der klagende Rechteinhaber nur darlegen und beweisen, dass der in Anspruch genommene Beklagte die Software des Rechteinhabers nutzt. Es ist dann Sache des Beklagten, darzulegen und zu beweisen, dass er aufgrund erworbener Lizenzen zu dieser Nutzung auch berechtigt ist (KG NJW 2001, 233). So zutreffend diese Beweislastverteilung im Verletzungsprozess auch ist, so wenig kann der vom Kammergericht und neuerdings auch vom LG München praktizierten Übertragung dieser Beweislastverteilung auf ein vorgeschaltetes Beweismittelbesichtigungsverfahren zugestimmt werden. Denn diese Übertragung führt gerade nicht zu der mit der Beweismittelbesichtigung bezweckten schnellen und abschließenden Klärung, sondern zu mitunter jahrelangen Verzögerungen. Auch gibt es Fälle, in denen nach mehr als 1,5 Jahren immer noch kein Zugang zu den Sachverständigengutachten eingeräumt wurde.

Damit sehen wir den in Art. 3 der Durchsetzungsrichtlinie verankerte Grundsatz, dass alle Maßnahmen wirksam und verhältnismäßig sein müssen und keine unangemessenen Fristen und keine ungerechtfertigten Verzögerungen mit sich bringen dürfen, nur begrenzt erfüllt.

3.2 Welche Erfahrungen haben Sie mit der Einführung der Möglichkeit gemacht, eine Auswahl als glaubhaften Nachweis anzusehen?

Der deutsche Gesetzgeber hat ausdrücklich darauf verzichtet, die entsprechende Regelung in Artikel 6 Absatz 1, Satz 2 der Richtlinie in deutsches

Stellungnahme

Auswirkungen Durchsetzungsgesetz

Seite 3

Recht umzusetzen, da es sich (nur) um eine Beweisregel handelt und die Umsetzung ins Ermessen der Mitgliedstaaten gestellt ist.

3.3 Halten Sie es für sinnvoll, dass die Möglichkeit eingeführt wurde, die Übermittlung von Bank-, Finanz- oder Handelsunterlagen, die sich in der Verfügungsgewalt der gegnerischen Partei befinden, anzuordnen?

Die Erstreckung des Vorlageanspruchs auf Bank-, Finanz- oder Handelsunterlagen ist sehr hilfreich und dabei angemessen und verhältnismäßig. Jahrzehntelange Praxis in der Bekämpfung von Produktpiraterie hat gezeigt, dass gerade vorsätzlich und gewerbsmäßig handelnde Verletzer häufig nur unvollständig Auskunft über den Umfang der Verletzungshandlungen und den daraus resultierenden Umsätzen erteilen. Es kam früher regelmäßig vor, dass Auskunftsansprüche in langwierigen Prozessen eingeklagt und selbst im Falle des Obsiegens nur unzureichend erfüllt wurden. Die Besichtigung dieser Unterlagen im Eilverfahren bewirkt, dass Details der Tatumstände in weit kürzerer Zeit ermittelt werden können. Dies ermöglicht es, Lieferanten/Hersteller und Abnehmer schneller zu ermitteln und zugleich in Erfahrung zu bringen, wie viel Geld mit rechtsverletzender Ware erwirtschaftet wurde und wo das Geld geblieben ist. Diese Neuerung wird deshalb positiv bewertet

3.4 Wie sind Ihre Erfahrungen mit den Gerichten im Zusammenhang mit dem Schutz der Identität von Zeugen?

Schon vor der Umsetzung der Richtlinie haben jedenfalls manche Gerichte sog. eidesstattliche Versicherungen vom Hörensagen akzeptiert. Bei diesen haben zur Verschwiegenheit verpflichtete Rechtsanwälte Zeugen befragt und das Ergebnis der Befragung in eidesstattlichen Versicherungen wieder gegeben.

Artikel 8 – Recht auf Auskunft

4.1 Inwieweit haben gerichtliche Anordnungen bezüglich des Rechts auf Auskunft dazu beigetragen, Verletzer ausfindig zu machen?

Der Auskunftsanspruch wurde im deutschen Recht nicht als gerichtliche Anordnung, sondern als materieller Auskunftsanspruch ausgestaltet und geht damit deutlich über die europarechtlichen Vorgaben hinaus. Gerade der in den Absätzen 2 der § 101 UrhG, § 19 MarkenG etc. vorgesehene Drittauskunftsanspruch stellt dabei auch eine Erweiterung zur früheren Rechtslage da und kann helfen, den Verletzer zu identifizieren, wenn eine freiwillige Kooperation von Mittelspersonen nicht erfolgt.

Allerdings bringt die konkrete Ausgestaltung des Drittauskunftsanspruch erhebliche Rechtsunsicherheiten mit sich, da sein Umfang nicht hinreichend klar bestimmt ist. Probleme ergeben sich sowohl aus der materiellen Voraussetzung einer offensichtlichen Rechtsverletzung, die die Mittelsperson kaum beurteilen kann, als auch aus dem Umstand, dass der Inhalt der Auskunft für Verletzerauskunft und Drittauskunft gemeinsam geregelt wurde und damit den gleichen Umfang haben soll. Gerade die über die Identität des

Stellungnahme

Auswirkungen Durchsetzungsgesetz

Seite 4

Verletzers hinausgehende Auskunft über Menge und Preise vergangener Transaktionen ist aber in ihrer Reichweite sehr unbestimmt und kann überdies Mittelspersonen mit erheblichem Rechercheaufwand ungebührlich belasten. Der vorgesehene finanzielle Ausgleich ist wegen der Schwierigkeit, die konkreten Kosten darzulegen nur ein unzureichendes Korrektiv. Die Unklarheit der genauen Voraussetzungen für die Drittauskunft (Wann ist eine Rechtsverletzung offensichtlich? Was ist der zeitlich rückwirkende Umfang der Auskunftspflicht etc.?) führt in der Praxis zu erheblichen Rechtsunsicherheiten und in der Folge auch zu unnötigen Auseinandersetzungen. Das Problem ist hier, dass auch Kooperationswilligkeit seitens der Mittelspersonen nicht hilft, weil in der Regel an der Grenze der Auskunftspflicht auch das Auskunftsrecht wegen der dann sofort greifenden Datenschutzbestimmungen endet. Jede über die gesetzliche Pflicht hinausgehende Auskunft ist dann schon wieder ein Rechtsverstoß. Deshalb ist eine klare und eindeutige Grenzziehung der Auskunftsrechte an dieser Stelle von entscheidender Bedeutung, wenn schon nicht – wie an sich europarechtlich vorgesehen – in jedem Fall zunächst eine gerichtliche Anordnung die notwendige Rechtssicherheit schafft.

4.2 Inwieweit haben solche Anordnungen wesentlich dazu beigetragen, den Schadensersatz genauer und effizienter zu berechnen?

Es kann über keine Erfahrungen berichtet werden.

Artikel 9 und 11 – Einstweilige Maßnahmen und Sicherungsmaßnahmen

5.1 Welche Erfahrungen haben Sie in Ihrem Land mit der Anordnung einstweiliger Maßnahmen gegen Mittelspersonen gemacht?

Das deutsche Recht kannte infolge eines anderen Grundverständnisses von Verfügungen („injunctions“) bereits unabhängig von der Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie Maßnahmen gegen Mittelspersonen im Rahmen der so genannten „Störerhaftung“. Aus diesem Grunde wurden an dieser Stelle auch keine weiteren gesetzlichen Maßnahmen zur Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie für notwendig erachtet. Tatsächlich geht das deutsche Recht mit den auf Dauer angelegten Verfügungen jedoch weit über das vom europäischen Recht vorgesehene Maß hinaus. Die rein richterrechtliche Entwicklung und vor allem die in weiten Teilen ungeklärte Verhältnisse zu den Regelungen der E-Commerce-Richtlinie und der deutschen Umsetzung im Telemediengesetz führt jedoch infolge von immer wieder extremen Entscheidungen der Untergerichte zu erheblichen Rechtsunsicherheit für alle Beteiligten, die einem effektiven Kampf zum Schutz geistigen Eigentums nicht dienlich ist.

5.2 Wie wird das Instrument der Sicherungsmaßnahmen in Situationen angewandt, in denen die Erfüllung der Schadensersatzforderung fraglich wäre?

Die Sicherung von Schadenersatzansprüchen ist in Deutschland seit jeher nach den §§ 916 ff. ZPO im sog. Arrestverfahren möglich und wird von

Stellungnahme

Auswirkungen Durchsetzungsgesetz

Seite 5

Rechteinhabern in geeigneten Fällen genutzt. Der Gesetzgeber kommt in der Gesetzesbegründung deshalb zu dem Ergebnis, dass kein Umsetzungsbedarf hinsichtlich Art. 9. Abs.2 S. 1 der Durchsetzungsrichtlinie besteht. Allerdings bestand Umsetzungsbedarf hinsichtlich der in Art. 9 Abs. 2 S. 2 der Richtlinie vorgesehenen Möglichkeit, dass der Rechteinhaber den Verletzer auf Vorlage von Bank-, Finanz- oder Handelsunterlagen in Anspruch nehmen kann. Mit der Neuregelung in § 101 b UrhG haben Rechteinhaber z.T. gute Erfahrungen gemacht.

5.3 Wie wird der Begriff „vernünftigerweise verfügbare Beweise“ von den zuständigen Behörden in Ihrem Land angewandt?

Diesbezüglich sah der Gesetzgeber keinen Umsetzungsbedarf. Schon vor der Verabschiedung der Durchsetzungsrichtlinie war es nach § 920 Abs. 2 ZPO erforderlich, den Arrestanspruch und den Arrestgrund glaubhaft zu machen. Daran hat sich nichts geändert.

5.4 Hat die Einführung von Zwangsgeldern die Befolgung der Anordnung wirksam verbessert?

Die Verhängung von Zwangsgeldern sieht die ZPO bereits seit jeher in § 888 ZPO vor. Insoweit bestand also kein Umsetzungsbedarf.

Artikel 10 – Abhilfemaßnahmen

6.1 Wie wird die Liste der Abhilfemaßnahmen von den innerstaatlichen Gerichten angewandt? Inwieweit wird darin den Interessen Dritter, insbesondere der in gutem Glauben handelnden Verbraucher und privaten Parteien, Rechnung getragen?

Mit der Anwendung der Abhilfemaßnahmen durch deutsche Gerichte haben die Rechteinhaber bislang nur wenige Erfahrungen gemacht und diese beruhen nicht auf der Neureglung, sondern der Anwendung des zuvor bereits bestehenden Vernichtungsanspruchs. Diese Erfahrungen waren positiv, da die Vernichtung der Verletzungsgegenstände sowie die Herausgabe der Verletzungsgegenstände zum Zwecke der Vernichtung fast immer angeordnet worden ist.

6.2 Gewähren Sie einen Einblick in andere „geeignete Maßnahmen“, die in Ihrem Land ergriffen werden, aber in Artikel 10 (1) nicht erwähnt sind.

Es kann über keine anderen Maßnahmen berichtet werden.

6.3 Welche „besonderen Gründe“ werden dafür angeführt, dass Maßnahmen auf Kosten des Verletzers nicht durchgeführt werden.

Es kann über keine Gründe berichtet werden.

Stellungnahme

Auswirkungen Durchsetzungsgesetz

Seite 6

Artikel 12 – Ersatzmaßnahmen

- 7. Artikel 12 sieht die Möglichkeit vor, unter gewissen Umständen und in geeigneten Fällen als Ersatzmaßnahme die Zahlung einer Abfindung an die geschädigte Partei anzuordnen. Wird dies von den Rechtsinhabern als zufriedenstellend empfunden?**

Entsprechende Vorschriften sah das Gesetz bereits vor der Verabschiedung der Durchsetzungsrichtlinie vor. Es ist kein Fall bekannt, in dem die Vorschrift angewandt wurde.

Artikel 13 und 14 – Schadensersatz und Prozesskosten

- 8.1 Haben die Änderungen Ihres Schadensersatzrechts dazu geführt, dass sich die zugebilligten Entschädigungen insgesamt erhöht haben?**

Nein. Hierzu hätte ausdrücklich geregelt werden müssen, dass Rechteinhaber eine **doppelte Lizenzgebühr** als Schadensersatz verlangen können, was jedoch bedauerlicherweise nicht erfolgt ist.

- 8.2 Bitte übermitteln Sie Informationen darüber, welchen Gebrauch die Gerichte von den „in Frage kommenden Aspekten“ für die Berechnung des Schadensersatzes machen, die in Artikel 13 (1) unter Buchstabe a nicht ausdrücklich erwähnt sind.**

Hierzu liegen keine Informationen vor.

- 8.3 Bitte übermitteln Sie Informationen darüber, welchen Gebrauch die Gerichte von den „Faktoren“ für die Berechnung des Pauschalbetrags machen, die in Artikel 13 (1) unter Buchstabe b nicht ausdrücklich erwähnt sind.**

In den von den Rechteinhabern bislang geführten Prozessen gewähren die Gerichte eine einfache Lizenz und legen bei der Berechnung derselben den Preis zugrunde, den der Verletzer beim Erwerb eines entsprechenden Originals gezahlt hätte.

Hat es in der gerichtlichen Praxis eine deutliche Verschiebung dahingehend gegeben, dass die unterliegende Partei die Kosten zu tragen hat?

In Deutschland hat die im Zivilprozess unterliegende Partei seit jeher die Kosten der obsiegenden Partei zu erstatten, §§ 91 ff ZPO. Die Erstattungspflicht ist aber auf die Erstattung der gesetzlichen Gebühren beschränkt.

Stellungnahme

Auswirkungen Durchsetzungsgesetz

Seite 7

8.4 Wie wird der „Billigkeitsgrundsatz“ im Sinne von Artikel 14 von den Gerichten angewandt? Was sind die wichtigsten Gründe, welche die Gerichte anführen, wenn sie sich auf diesen Grundsatz berufen?

Hierzu liegen keine Erfahrungen vor.

8.5 Inwieweit sind die beteiligten Kreise der Auffassung, dass bezüglich der Entscheidungen zu Schadensersatz und Prozesskosten eine Verbesserung eingetreten ist, insbesondere, wenn der Rechtsinhaber das Verfahren gewonnen hat?

Da die Mitgliedstaaten durch die Richtlinie nicht dazu angehalten worden sind, die doppelte Lizenzgebühr als Schadenersatz einzuführen, hat sich im Vergleich zur vorherigen Rechtslage leider nichts geändert. Die Praxis der Pirateriebekämpfung zeigt, dass im Durchschnitt weit weniger als die einfache Lizenzgebühr gezahlt wird, da die Rechteinhaber in Anbetracht der ungünstigen Rechtslage (nur einfache Lizenzgebühr) und der zum Teil hartnäckigen Verletzer oft Vergleiche über nicht einmal die einfache Lizenzgebühr geschlossen werden müssen. Auch Gerichte urteilen bestenfalls die einfache Lizenzgebühr aus, machen zum Teil aber noch Abzüge. Berücksichtigt man, dass die Industrie jährlich Millionen für die Pirateriebekämpfung ausgibt, die nur schwer einem bestimmten Fall zugeordnet werden können, ist festzuhalten, dass die bisherige Rechtslage selbst bei perfekter Beweislage nicht dazu führt, dass den Rechteinhabern der tatsächlich entstandene Schaden ersetzt wird.

Artikel 15 – Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen

9.1 Auf welche Weise sind die Entscheidungen veröffentlicht worden?

Die Veröffentlichung erfolgt in der Regel in einschlägigen Fachzeitschriften, kann aber nach Auffassung in der Literatur auch in Hörfunk und Fernsehen und durch Plakate erfolgen.

Wird die Einführung oder Änderung dieses Rechtsinstruments von den Rechtsinhabern als zufriedenstellend empfunden?

Die Befugnis zur Urteilsveröffentlichung gab es in Deutschland bereits vor der Durchsetzungsrichtlinie. Insoweit bestand kein Umsetzungsbedarf.

Artikel 17 – Verhaltenskodizes

10. Werden die Verhaltenskodizes als nützliches und wirksames Rechtsinstrument zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums angesehen?

Hierzu haben wir keine Informationen.

Stellungnahme

Auswirkungen Durchsetzungsgesetz

Seite 8

„gewerbliches Ausmaß“

- 11. Die in Artikel 6 (2), 8 (1) und 9 (2) vorgesehenen Maßnahmen müssen nur in Bezug auf in gewerblichem Ausmaß begangene Handlungen angewandt werden. Wie wird dieses Kriterium von den Gerichten Ihres Landes angewandt?**

Hierzu liegen uns keine spezifischen Erfahrungen vor.

Gesamtbewertung und Ausblick

- 12.1 Bitte führen Sie Beispiele dafür an, wie sich die Veränderungen auf Innovationen und die Entwicklung der Informationsgesellschaft ausgewirkt haben.**

Konkrete Beispiele liegen uns nicht vor.

- 12.2 Wie wird die Umsetzung der Richtlinie in Ihrem Land von den beteiligten Kreisen allgemein bewertet?**

Die Umsetzung wird unterschiedlich bewertet. Positiv zu bewerten ist z.B. die einheitliche Regelung der (bereits zuvor möglichen) Beweismittelbesichtigung und die Möglichkeit hervor zu heben, dass geschädigte Rechteinhaber von den Verletzern Einsicht in die Bank-, Finanz- und Handelsunterlagen verlangen können. Nicht zufriedenstellend ist die Tatsache, dass nach wie vor bestenfalls eine einfache Lizenzgebühr als Schadensersatz gefordert werden kann. Hier besteht dringender Handlungsbedarf. Die Erhebung einer pauschalen doppelten Lizenzgebühr bei vorsätzlicher und gewerblicher Produktpiraterie führt entgegen einer immer wieder vertretenen Ansicht nicht zur Einführung von Strafschadensersatz, sondern bedeutet nur, dass der Rechteinhaber seinen tatsächlich erlittenen Schaden im Wege einer Pauschalierung beziffern kann. Denn zu dem tatsächlich entstandenen Schaden gehören nicht nur die entgangenen Lizenzgebühren, sondern auch alle Kosten, die durch Ermittlungen, Rechtsverfolgung, Aufklärungskampagnen entstehen sowie der Marktverwirrungsschaden.

- 12.3 Haben Sie Vorschläge zur Verbesserung der von der Richtlinie erfassten Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe?**

s.o.