

## **Stellungnahme zum Vorschlag der EU Kommission für eine**

### **VERORDNUNG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES zur Übertragung bestimmter den Schutz von Rechten des geistigen Eigentums betreffender Aufgaben, einschließlich der Zusammenführung von Vertretern des öffentlichen und des privaten Sektors im Rahmen einer Europäischen Beobachtungsstelle für Marken- und Produktpiraterie, auf das Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle)**

vom 24.5.2011, KOM(2011) 288 endg.

#### **I. Hintergrund und Ziele des Vorschlags**

1. Um Kreativität, Wissen und Innovation als Triebkräfte für ein intelligentes Wachstum zu stärken, sieht sich die Kommission in der Verpflichtung, eine „hohen Standards genügende Kultur des geistigen Eigentums zu unterstützen“. Die Zunahme von Schutzrechtsverletzungen, die Berichten zufolge in jüngerer Zeit zu beobachten ist, wird von der Kommission als Bedrohung dieser Zielsetzung bewertet. Vor diesem Hintergrund wurde bereits 2009 die Einrichtung einer Beobachtungsstelle für Marken- und Produktpiraterie auf den Weg gebracht, die zwei Funktionen erfüllen soll: Sie soll zum einen „ein Ressourcenzentrum sein, das Informationen und Daten über alle Verstöße gegen Rechte des geistigen Eigentums erfasst überwacht und darüber Bericht erstattet“ und soll zweitens „als Plattform für die Zusammenarbeit von Vertretern nationaler Behörden und sonstigen Akteuren für den Austausch von Ideen und Know-How, für die Entwicklung gemeinsamer Durchsetzungsstrategien sowie für die Formulierung von Empfehlungen an die Politik dienen“. Wie von einer Entschließung des Europäischen Parlaments nahelegt und von den interessierten Kreisen in einer Anhörung unterstützt wurde, sollen diese Aufgaben auf das HABM übertragen werden. Der vorliegende Vorschlag schafft die dafür notwendigen Grundlagen institutioneller und organisatorischer Art. Ferner werden in Artikel 2 des Vorschlags die Aufgaben der Beobachtungsstelle ebenso wie die zu deren Ausführung bestimmten Tätigkeiten geregelt.

#### **II. Stellungnahme**

2. Die Schaffung einer Zentralstelle für die Sammlung und Auswertung von Daten zum Schutz von Immaterialgüterrechten auf der Ebene der Rechtsdurchsetzung ist zu begrüßen; das Gleiche gilt für die zentrale Wahrnehmung von Aufgaben der Koordinierung von Handlungsstrategien und Empfehlungen in diesem Bereich. Begründung und Ausgestaltung des Vorschlags bleiben jedoch in wichtigen Aspekten unbefriedigend und lassen insgesamt befürchten, dass sie nicht zu einer objektiven und ausgewogenen Behandlung der angesprochenen Thematik führen werden.

3. Festzuhalten ist zunächst, dass die Förderung von Kreativität, Wissen und Innovation nicht allein von einem hohen Schutzstandard für Immaterialgüterrechte abhängt. Ebenso wichtig ist

auch das Bestehen eines robusten Bereichs der *Gemeinfreiheit*, innerhalb dessen Wettbewerber keine Einschränkungen ihrer Tätigkeit hinnehmen müssen. Beide Bereiche – Schutz und Freiräume – müssen in einem ausgeglichenen Verhältnis zueinander stehen, ohne dass einem von beiden prinzipiell Vorrang eingeräumt wird.

4. Aus dieser Überlegung folgt bereits, dass die Zielsetzung der Beobachtungsstelle der Modifizierung bedarf: Statt einseitig auf Schutzrechtsverletzungen abzustellen, sollte die Aufgabe in der Sammlung von Daten bestehen, die Aufschlüsse über die *Ausgewogenheit* von Durchsetzungsmaßnahmen geben können, sowie Strategien und Empfehlungen zu entwickeln, die den *Interessen beider Parteien* im Hinblick auf die Rechtsdurchsetzung Rechnung tragen.

5. Die Notwendigkeit einer solchen Betrachtung zeigt sich, wenn man sich vor Augen führt, dass die von dem Vorschlag pauschal angesprochenen „Schutzrechtsverletzungen“ jedenfalls zum Teil einen normalen Bestandteil des Wirtschaftslebens darstellen. Dies gilt vor allem für das Markenrecht, aber auch für andere gewerbliche Schutzrechte und das Urheberrecht. Wenn ein Produkt unter einer neuen Marke auf den Markt gebracht wird, kann es durchaus vorkommen, dass es mit einer anderen, vorrangig geschützten Marke teilweise übereinstimmt und im Ergebnis – auf Widerspruch des Inhabers der älteren Marke oder im Verletzungsverfahren – als verletzend beurteilt wird. Besorgniserregend sind solche Fälle in der Regel jedoch keineswegs. Sie wiegen jedenfalls nicht schwerer als der umgekehrte, ebenfalls häufige Fall, dass der Schutzrechtsinhaber den Umfang seines Rechts überschätzt und daher Ansprüche geltend macht, die im Ergebnis als unbegründet abgewiesen werden müssen.

6. Hieran wird ein zentrales Problem des Vorschlags sichtbar: In der Begründung bezieht er sich auf „gefälschte und nachgeahmte Waren“ und verweist auf die davon ausgehende „Bedrohung für Gesundheit und Sicherheit der europäischen Verbraucher“ sowie auf das organisierte Verbrechen, das hier ein „attraktives Betätigungsfeld“ finde. Damit wird ein Rahmen abgesteckt, der die zuvor angesprochenen Formen der Schutzrechtsverletzung grundsätzlich nicht zu umfassen scheint. Auf der anderen Seite enthält der Wortlaut der vorgeschlagenen Verordnung nichts, woran sich diese Beschränkung festmachen ließe. So heißt es in Artikel 1 Abs. 1 lit. a) des Vorschlags:

[Dem Amt werden folgende Aufgaben übertragen]:

a) Verbesserung des Verständnisses von Verletzungen der Rechte des geistigen Eigentums – in ihrem Umfang und ihren Folgen –, wie sie durch Rechtsvorschriften der Europäischen Union oder durch nationale Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten geschützt werden, einschließlich gewerblicher Schutzrechte, Urheberrechte und verwandter Schutzrechte.

7. Die Aufgaben der Beobachtungsstelle betreffen somit keineswegs nur die im Tätigkeitsfeld krimineller Organisationen angesiedelte Produktfälschung, sondern *Schutzrechtsverletzungen jeder Art*. Dazu zählen nicht nur „normale“ Marken- und Patentverletzungen, sondern der Definition zufolge sogar der Import von Originalprodukten aus dem EU-Ausland, die den in der EU geltenden Gesetzen zufolge ebenfalls als schutzrechtsverletzend anzusehen sind.

Entsprechend bezieht sich auch der in Artikel 2 Abs. 2 des Vorschlags detailliert geregelte Aufgabenkatalog, der vor allem die Sammlung von Daten betrifft, auf Schutzrechtsverletzungen insgesamt, und nicht allein auf Produktfälschungen. So spricht

Artikel 2 Abs. 2 lit. c allgemein von der „Sammlung, Analyse und Verbreitung einschlägiger objektiver, vergleichbarer und zuverlässiger Daten über Verletzungen der Rechte des geistigen Eigentums“.

8. Um die nötige Transparenz im Hinblick auf Art und Umfang der übertragenen Tätigkeiten herzustellen, muss dringend klargestellt werden, ob die Beobachtungsstelle in der gesamten Breite ihres gesetzlichen Auftrags tätig werden oder sich auf einen Teilbereich – Produkt- und Markenfälschungen – beschränken soll, sowie gegebenenfalls, an welcher Definition sich die inhaltliche Beschränkung des Tätigkeitsbereichs ausrichtet.

9. Zu begrüßen ist in jedem Fall die Formulierung, dass die Beobachtungsstelle *objektive* und *zuverlässige* Daten sammeln und verbreiten soll. Hieran besteht in der Tat ein erhebliches Interesse: Bisher werden die Zahlen, auf die sich die politische Diskussion stützt, häufig von interessierter Seite auf fragwürdiger Grundlage errechnet oder geschätzt.<sup>1</sup> Der Bezifferung wirtschaftlicher Schäden oder verlorener Arbeitsplätze liegt zum Teil die Annahme zugrunde, dass die Verkaufszahlen gefälschter Produkte der Anzahl unterbliebener Käufe von Originalprodukten entsprechen, obwohl diese Berechnungsmethode vor allem dort völlig unrealistisch ist, wo es um billige Kopien hochpreisiger Originalprodukte geht. Dass die Beobachtungsstelle hier mit verlässlicheren Methoden und Daten aufwarten soll, kann zu einer Versachlichung der Diskussion führen.

10. Die positiven Erwartungen werden allerdings durch die Begründung des Vorschlags gedämpft: So wird zwar darauf hingewiesen, dass die wirtschaftlichen Folgen von Online-Piraterie gegenwärtig schwer abzuschätzen seien. Dennoch erfolgt im gleichen Zusammenhang der Hinweis darauf, dass laut einer von BASCAP<sup>2</sup> in Auftrag gegebenen Studie durch Piraterie im Bereich Musik, Film, Fernsehen und der Softwarebranche „finanzielle Verluste in Höhe von 10 Mrd Euro entstanden und 185000 Arbeitsplätze vernichtet worden sind“. Keinerlei Hinweis findet sich hingegen auf anderweitige Studien, die, wie eine von der holländischen Regierung in Auftrag gegebene Untersuchung,<sup>3</sup> zu dem Ergebnis kommen, dass die Online-Piraterie im Ergebnis *wirtschaftlich neutral* bleibt.

11. Von entscheidender Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Methode, die von der Beobachtungsstelle bei der Erhebung und Bewertung von Daten angewandt wird. Diese wird in dem Vorschlag jedoch weder genannt noch bestimmt; nach Artikel 2 Abs. 2 lit. b bleibt es vielmehr der Beobachtungsstelle überlassen, die geeignete Methodik festzulegen. Angesichts der Bedeutung dieser Frage erscheint diese gesetzgeberische Abstinenz als bedenklich. Statt diese Aufgabe pauschal an die Beobachtungsstelle zu delegieren, sollte der Vorschlag

---

<sup>1</sup> Von Interesse ist in diesem Zusammenhang außer den in Fußn. 3 genannten Untersuchungen zu den wirtschaftlichen Auswirkungen von Online-Piraterie auch der vom US Government Accountability Office erstellte Bericht GAO 10-423, Intellectual Property – Observations on Efforts to Quantify the Economic Effects of Counterfeit and Pirated Goods, der zu dem Ergebnis gelangt, dass die üblicherweise von den interessierten Kreisen genannten Zahlen nicht haltbar seien.

<sup>2</sup> Business Action to Stop Counterfeiting and Piracy (eine Initiative der Internationalen Handelskammer, ICC).

<sup>3</sup> Ups and downs - Economische en culturele gevolgen van file sharing voor muziek, film en games, [http://www.tno.nl/content.cfm?context=thema&content=innopublicatie&laag1=897&laag2=918&item\\_id=473](http://www.tno.nl/content.cfm?context=thema&content=innopublicatie&laag1=897&laag2=918&item_id=473)), ebenso ein – allerdings erst Ende November 2011 veröffentlichter – Bericht der Schweizer Regierung zum gleichen Thema (<http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2011/2011-11-30.html>).

konkrete *Richtlinien* zur Methodik enthalten, um die Objektivität und Zuverlässigkeit der Ermittlungen und der erhobenen Datensätze sicherzustellen.

12. Wie oben bereits ausgeführt wurde, ist insbesondere dafür zu sorgen, dass bei der Datenermittlung der Blick *nicht allein* auf Schutzrechtsverletzungen gerichtet wird. Unter rechtlichen und wirtschaftlichen Aspekten von gleichrangiger Bedeutung ist daneben die Frage, in wie vielen Fällen Schutzrechte zu *Unrecht* in Anspruch genommen werden und welche Auswirkungen sich damit verbinden. In beiden Fällen überschreiten der Verletzer oder aber der Schutzrechtsinhaber die ihnen vom Gesetz gezogene Grenze, und in beiden Fällen kann dies bei der jeweils gegnerischen Partei zu wirtschaftlichen Beeinträchtigungen führen. Zwar führt dies im Idealfall und bei funktionierender Rechtspflege zumindest im Bereich „normaler“ Rechtsverletzungen bzw. irrtümlich überzogener Schutzansprüche nicht zu gravierenden Störungen. Dennoch ist wichtig, dass –nicht zuletzt im Hinblick auf die gesamtwirtschaftliche Bilanz – beides im Auge behalten wird.

13. Methodisch besteht bei einer solchen, im Interesse der Ausgewogenheit dringend zu fordernden Erhebung von Daten zur ungerechtfertigten Inanspruchnahme von Schutzrechten eine besondere Herausforderung darin, dass u.U. eine erhebliche Dunkelziffer an Fällen besteht, in denen ungerechtfertigte Ansprüche schon bei vorprozessualer Geltendmachung aufgrund ihres Drohpotenzials zu Verhaltensänderungen führen. Es ist zumindest denkbar, dass solche Fälle vor allem kleine und mittlere Unternehmen betreffen, die sich der Gefahr eines Rechtsstreits nicht aussetzen wollen und zur Abwendung des Risikos unter Verzicht auf eine gerichtliche Klärung auf die an sie gestellten Forderungen eingehen. Auch dadurch können sich Kostenbelastungen für die betroffenen Unternehmen ergeben, die in der Summe zu gesamtwirtschaftlich relevanten Beeinträchtigungen führen. Zu diesen Fragen gibt es bisher noch keinerlei belastbare Untersuchungen. Für das zu schaffende Kompetenzzentrum sollte die Erhellung der wirtschaftlichen Fakten und Hintergründe auch im Hinblick auf diesen Problembereich ein wichtiges Anliegen darstellen.

14. In diesem Zusammenhang ist wichtig, dass die nach Artikel 4 zu den Sitzungen der Beobachtungsstelle zu ladenden Vertreter des privaten Sektors das gesamte Spektrum der Interessen widerspiegeln, die von Schutzrechtsverletzungen, aber auch von Durchsetzungsmaßnahmen betroffen sind. Die bevorzugte Repräsentation der Interessen verletzungsgefährdeter Branchen, wie sie in Artikel 4 Nr. 2 S. 1 anklingt, sollte unbedingt vermieden werden.

15. An der grundlegenden Erkenntnis, dass Kreativität, Wissen und Innovation nicht notwendigerweise durch einen *starken*, sondern nur durch einen *ausgewogenen* Schutz von Immaterialgüterrechten gefördert werden können, sollte auch die beratende Tätigkeit der Beobachtungsstelle ausgerichtet werden. Am derzeitigen Text des Vorschlags lässt sich dies nicht festmachen; dort geht es vor allem um eine stärkere Sensibilisierung der Bürger für mögliche Verletzungsfolgen und um die Verbesserung der technischen und organisatorischen Möglichkeiten zur Bekämpfung von Schutzrechtsverletzungen. Beides sind zweifellos wichtige Ziele. Daneben besteht jedoch auch erheblicher Beratungsbedarf im Hinblick darauf, wie man sich gegen behauptete Schutzrechtsverletzungen am effizientesten zur Wehr setzt und wie man die eigenen Interessen schützt, wenn im Kontext von Sicherungsmaßnahmen die Ausforschung von Geschäftsgeheimnissen oder sonstige durch den Zweck der Maßnahme

nicht gedeckte Übergriffe drohen. Auf der Ebene der Politikberatung könnten insoweit „best practices“ auch im Hinblick auf die Füllung der „Leerstellen“ erarbeitet werden, die von der Enforcement-Richtlinie (48/2004/EG) im Hinblick auf den Schutz der Interessen des von der Durchsetzungsmaßnahme Betroffenen belassen wurden. Hier sind im europäischen Vergleich noch große Unterschiede feststellbar. Daraus ergibt sich bei grenzüberschreitenden oder im Ausland geführten Rechtsstreitigkeiten eine Schlechterstellung des als Verletzer Beklagten gegenüber dem Schutzrechtsinhaber, der von einer weitgehend vereinheitlichten Rechtslage ausgehen kann.

16. Im gleichen Kontext ist zu überlegen, eine gesamteuropäische Anlaufstelle zu schaffen, bei der ungerechtfertigte Schutzrechtsverwarnungen gemeldet werden können. Dies würde zum einen die zuvor angemahnte Sammlung von Daten zum vorprozessualen Geschehen erleichtern. Zum anderen könnte durch die Schaffung einer solchen Stelle – einem „Ombudsmann für die Public Domain“<sup>4</sup> – deutlich signalisiert werden, dass Überschreitungen der vom Gesetzgeber gesetzten Grenzen eines Schutzrechts ernst genommen werden, unabhängig davon, ob es sich um einen Übergriff *in das Schutzrecht* oder *in den Bereich der Gemeinfreiheit* handelt. Ob dem HABM auch die Aufgabe einer solchen Anlaufstelle übertragen werden sollte oder ob sie eher bei einer Stelle anzusiedeln wäre, die nicht selbst mit der Erteilung von Schutzrechten befasst ist, wäre zu prüfen.

17. Schließlich ist noch auf Folgendes hinzuweisen. Wie oben bereits angesprochen wurde stützt sich die Begründung des Vorschlags u.a. auf die von Produktfälschungen ausgehende Bedrohung von Gesundheit und Sicherheit der Verbraucher und auf die Verbindungen zum Bereich der organisierten Kriminalität. Wie auch der EuGH in seiner Entscheidung vom 1. Dezember (verbundene Rechtssachen Philips und Nokia)<sup>5</sup> festgestellt hat, sind diese Anliegen jedoch nicht mit dem Schutz von Immaterialgüterrechten zu vermischen. In der Tat kann nicht häufig genug betont werden, dass die weithin übliche Instrumentalisierung sicherheits- und gesundheitsrelevanter Fragen zum Zweck der politischen Munitionierung von Vorschlägen zur Stärkung von Immaterialgüterrechten nicht nur verfehlt sondern auch gefährlich ist. Zum einen führt sie in der Regel zu einem Auseinanderfallen von politischer Begründung und rechtlichem Zuschnitt der Regelungen: Maßnahmen, die mit dem Hinweis auf bestimmte, schwerwiegende Formen von Schutzrechtsverletzungen gerechtfertigt werden, finden – wie auch im vorliegenden Fall – auf sämtliche Formen von Schutzrechtsverletzungen Anwendung. Schwerwiegender noch: Diese Argumentation verstellt den Blick dafür, dass ernsthafte Gefahren für die Sicherheit der Verbraucher um dieser Gefahren selbst willen, und nicht vor allem dann verfolgt werden sollten, wenn sie mit einer Schutzrechtsverletzung einhergehen. So kann es für die Verfolgung und Strafbarkeit des Vertriebs unwirksamer oder schädlicher Substanzen in Form von Arzneimitteln keine Rolle spielen, ob eine Marke gefälscht wurde oder ob es sich um ein als Generikum gekennzeichnetes Produkt oder aber um ein „echtes“ Markenprodukt handelt. Das Gleiche gilt für das Inverkehrbringen von schadhaften Ersatzteilen mit sicherheitsrelevanter Funktion oder für die Bekämpfung organisierter Kriminalität. Effektive Maßnahmen in all diesen Bereichen müssen auch ohne

---

<sup>4</sup> Zu einem ähnlichen Vorschlag s. bereits Peukert, A Public Domain Supervisor, 42 IIC, 125 (2011). Der Vorschlag von Peukert bezieht sich allerdings nicht allein auf Fragen der Rechtsdurchsetzung, sondern schließt das materielle Recht ein.

<sup>5</sup> Verbundene Rechtssachen C-446/09 und C-495/09 – Philips ./ Lucheng Meijing und Nokia ./ HMCRC, Randnr. 77.

den „Umweg“ über eine Änderung der Immaterialgüterrechtsgesetzgebung getroffen werden können; soweit in dieser Hinsicht Defizite bestehen, sind diese im Rahmen der sachlich einschlägigen Gesetzgebung zu beheben. Von der Politik ist zu fordern, dass sie diese Trennung konsequent berücksichtigt und auf den Versuch verzichtet, aus Gründen der politischen Opportunität Änderungen des Immaterialgüterrechts mit sachfremden Erwägungen wie dem Schutz der Sicherheit und Gesundheit von Verbrauchern sowie der Bekämpfung des organisierten Verbrechens zu begründen.

### III. Schlussfolgerungen

Die Schaffung einer zentralen Beobachtungsstelle für Aspekte der Verletzung von Immaterialgüterrechten in der Europäischen Union ist zu begrüßen. Um zu gewährleisten, dass bei der Erfüllung der einer solchen Stelle übertragenen Aufgaben die Gebote der Ausgewogenheit und Transparenz beachtet werden, ist jedoch dafür zu sorgen,

dass

- in der Definition der Aufgabenstellung nicht allein auf die Ermittlung von Daten zur *Verletzung* von Schutzrechten abgestellt wird, sondern auf die Erhellung von Fakten und Hintergründen zu Fragen der *ausgewogenen* Durchsetzung von Schutzrechten;
- klargestellt wird, ob sich die Aufgaben der Beobachtungsstelle – wie im Titel des Vorschlags angegeben – auf Marken- und Produktpiraterie, oder aber – wie aus dem Text des Vorschlags hervorzugehen scheint – auf Schutzrechtsverletzungen im allgemeinen Sinne beziehen;
- gegebenenfalls die für die Arbeit der Beobachtungsstelle maßgebliche Definition von „Marken- und Produktpiraterie“ in den Text des Vorschlags aufgenommen wird;
- die Erarbeitung der Methodik nicht pauschal an die Beobachtungsstelle delegiert wird, sondern dass insoweit gewisse Richtlinien und Anforderungen in den Text des Vorschlags aufgenommen werden;
- die Interessen der Zivilgesellschaft im Zusammenhang mit der Durchsetzung von Immaterialgüterrechten bei den Sitzungen der Beobachtungsstelle nach Artikel 4 in ihrer gesamten Breite repräsentiert werden;
- die Aufgaben der Politikberatung, soweit sie von der Beobachtungsstelle wahrgenommen werden, ebenfalls in ausgewogener Weise erfüllt werden, indem auch die Verfügbarkeit und Effizienz von Abwehrmaßnahmen gegen die ungerechtfertigte oder missbräuchliche Inanspruchnahme von Schutzrechten thematisiert und gegebenenfalls zum Gegenstand von Empfehlungen gemacht wird.