



**Deutscher Bundestag**  
Rechtsausschuss

Ausschussdrucksache  
**Nr. 17(6)175**

7. März 2012

**Dr. Max Stadler, MdB**

Parlamentarischer Staatssekretär  
bei der Bundesministerin der Justiz

An den  
Vorsitzenden des Rechtsausschusses  
des Deutschen Bundestages  
Herrn Siegfried Kauder, MdB  
Platz der Republik 1  
11011 Berlin

HAUSANSCHRIFT Mohrenstraße 37, 10117 Berlin

TEL +49 (030)18 580-9010

FAX +49 (030)18 580-9048

E-MAIL pst@bmj.bund.de

7. März 2012

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

in der Sitzung des Rechtsausschusses am 29. Februar 2012 hat die Bundesministerin der Justiz unter TOP 3 über den Sachstand zum Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) berichtet. In der anschließenden Diskussion wurde auch die geplante Revision der Richtlinie 2004/48/EG vom 29. April 2004 zur Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums erörtert.

Die Bundesregierung hat gegenüber der EU-Kommission bereits am 11. April 2011 ausführlich fachlich Stellung genommen und darauf hingewiesen, dass Änderungen der Durchsetzungsrichtlinie nach ihrer Ansicht derzeit nicht veranlasst sind. Anliegend übersende ich diese Stellungnahme und rege an, sie den Mitgliedern des Rechtsausschusses zur Verfügung zu stellen.

Die Stellungnahme besteht aus zwei Teilen: der Stellungnahme zu dem Bericht der EU-Kommission über die Anwendung der Richtlinie 2004/48/EG sowie den Antworten auf einen Fragebogen zum Bericht der EU-Kommission. Über den Bericht der EU-Kommission ist der Bundestag mit Berichtsbogen vom 20. Januar 2011 unterrichtet worden.

Mit freundlichen Grüßen

**Bericht der Kommission über die Anwendung der Richtlinie 2004/48/EG des  
Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der  
Rechte des geistigen Eigentums  
(Ratsdokument Nr. 5140/11, KOM (2010) 779 endgültig)**

**Stellungnahme Deutschlands**

**A. Zusammenfassung**

Aus deutscher Sicht sind Änderungen der Durchsetzungsrichtlinie nicht veranlasst. Dies betrifft insbesondere die folgenden Punkte:

1. Die Erweiterung des Anwendungsbereichs der Durchsetzungsrichtlinie auf von dieser nicht erfasste Bereiche, insbesondere solche des Wettbewerbsrechts (z. B. Schutz nicht offenbarter Informationen), wird abgelehnt. Für die Aufnahme einer Liste der Rechte des geistigen Eigentums, die mindestens unter die Richtlinie fallen, besteht keine Notwendigkeit. Es existiert bereits eine Erklärung der Kommission, die die Rechte zutreffend wiedergibt.
2. In Bezug auf das Konzept der Mittelspersonen und die Praktikabilität von gerichtlichen Anordnungen besteht derzeit kein zusätzlicher Regelungsbedarf in der Durchsetzungsrichtlinie. Hinsichtlich Mittelspersonen im Online-Bereich sind in jedem Fall Regelungen abzulehnen, die auf die Einführung von Internetsperren abzielen. Problematisch sind außerdem Regelungen zur präventiven Kontrolle von Inhalten. Im Übrigen sollte eine „Zersplitterung“ von Regelungen über die Verantwortlichkeit von Mittelspersonen vermieden werden. Die E-Commerce-Richtlinie ist bereits Standort entsprechender Regelungen. Die Schlussfolgerungen der Kommission aus der hierzu erfolgten Konsultation der Mitgliedstaaten sollten abgewartet werden.
3. Hinsichtlich des Auskunftsanspruchs ist ein ausgewogenes Verhältnis zwischen dem Recht auf Auskunft und den Rechtsvorschriften zum Schutz der Privatsphäre wichtig. Ein Änderungsbedarf im Hinblick auf den in der Durchsetzungsrichtlinie geregelten Auskunftsanspruch besteht nicht.
4. Es besteht kein Änderungsbedarf in der Durchsetzungsrichtlinie im Bereich des Schadenersatzes. Abzulehnen ist eine etwaige Einführung eines Strafschadenersatzes. Weiterhin wird eine etwaige Kumulation der im deutschen Recht nur alternativ zur Verfügung stehenden drei Schadensberechnungsmethoden (1. tatsächlicher Schaden, einschließlich

entgangenen Gewinns, 2. Verletzergewinn, 3. angemessene Lizenzgebühr) sowie die Einführung verschuldensunabhängiger Ansprüche auf den Verletzergewinn (Bereicherungsrecht) abgelehnt. Dies schließt pauschale Zuschläge in Sonderfällen (wie in den in der Anlage unter Antwort a) zu Frage Ziffer 7.1 genannten Fällen, Seite 17 f der Anlage) nicht aus.

5. Für eine Harmonisierung des Schutzes von Rechten des geistigen Eigentums im Bereich des Strafrechts fehlt es bisher am Nachweis, dass die in Artikel 83 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) vorgeschriebenen Voraussetzungen für den Erlass einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung (insbesondere die Unerlässlichkeit der Angleichung) vorliegen.

## **B. Stellungnahme**

Deutschland nimmt nachfolgend und durch die ergänzende Beantwortung der Fragen des Fragebogens der Ratspräsidentschaft im Ratsdokument Nr. 6141/11 (vgl. die beigelegte Anlage) Stellung.

### **Zu Ziffer 3.1. – Spezifische Herausforderungen des digitalen Umfelds (Seite 6 des Berichts)**

Zu Ziffer 3.1. des Berichts wird darauf hingewiesen, dass bei der beabsichtigten Prüfung des Rechtsrahmens ein angemessener Ausgleich zwischen dem Schutz des geistigen Eigentums und den Rechten der Internetnutzer bzw. dem Bedürfnis nach einem Schutz des Internet als Kommunikations- und Informationsmediums hergestellt werden muss, wobei das Internet kein urheberrechtsfreier Raum sein darf. Dieser angemessene Ausgleich wird entsprechend den Vorgaben des deutschen Verfassungsrechts durch die Abwägung miteinander kollidierender Rechtsgüter im Einzelfall erreicht. In die Betrachtung einzubeziehen sind auf der einen Seite insbesondere das Grundrecht des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 Grundgesetz) in seinen anerkannten Ausprägungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und des Rechts auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme. Auf der anderen Seite ist insbesondere das Rechtsgut des geistigen Eigentums, welches in Artikel 14 Grundgesetz seine Ausprägung findet, und das Urheberpersönlichkeitsrecht mit seiner Grundlage in Artikel 2 Grundgesetz zu beachten. (vgl. hierzu im Einzelnen die Antworten zu den Fragen 1.1 bis 1.6 auf Seite 1 ff der Anlage).

### **Zu Ziffer 3.2. – Der Anwendungsbereich der Richtlinie (Seite 6 des Berichts)**

Aus deutscher Sicht sollte in die Richtlinie keine Liste der Rechte des geistigen Eigentums aufgenommen werden, die mindestens unter die Richtlinie fallen, da hierfür keine Notwendigkeit besteht. Die Erklärung der Kommission zu Artikel 2 der Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (Dok. Nr. 2005/295/EG) gibt die vom Anwendungsbereich der Durchsetzungsrichtlinie erfassten Rechte des geistigen Eigentums zutreffend wieder und erscheint daher als ausreichend. Insbesondere wäre es abzulehnen, mittels einer von der EU-Kommission vorgeschlagenen Liste solche Sachverhalte aufzunehmen, die nach deutschem Recht nicht zum geistigen Eigentum zählen. Dies betrifft u. a. den Schutz nicht offenbarter Informationen und den Schutz vor wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen, der bereits durch die speziellen Regelungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb gewährleistet ist (vgl. hierzu im Einzelnen die Antworten zu den Fragen 2.1 bis 2.3 auf Seite 6 f. der Anlage).

### **Zu Ziffer 3.3. – Das Konzept der Mittelspersonen und die Praktikabilität von gerichtlichen Anordnungen (Seite 6 f des Berichts)**

#### **1. Mittelspersonen im Online-Bereich (Internetvermittler)**

Aus deutscher Sicht besteht kein zusätzlicher Regelungsbedarf in der Durchsetzungsrichtlinie. Insgesamt wird zu Punkt 3.3. im Einzelnen auch auf die Antworten zu den Fragen 4.1. bis 4.5. (Seite 9 ff der Anlage) verwiesen.

#### **a) Allgemeine Anmerkungen zur Haftung der Internetvermittler (E-commerce-Richtlinie)**

Die Haftung der Internet-Vermittler ist in der Richtlinie 2000/31/EG (E-commerce-Richtlinie) horizontal geregelt. Die E-commerce-Richtlinie enthält in den Artikeln 12 bis 15 Haftungseinschränkungen für Access-, Caching- und Hosting-Anbieter; weiterhin Regelungen zur Anordnung von Überwachungsmaßnahmen sowie zur Sperrung oder Entfernung rechtswidriger Informationen durch die Vermittler. Ziel dieser Regelungen ist es, die rechtmäßigen und für das Funktionieren der Informationsgesellschaft notwendigen Dienstleistungen der Vermittler nicht durch unkalkulierbare Haftungsrisiken zu erschweren oder gar zu vereiteln.

Schlussfolgerungen, die auf eine stärkere Beteiligung der Vermittler bei der Bekämpfung von Urheberrechtsverletzungen oder der Verletzungen von sonstigen Rechten des geistigen Eigentums hinauslaufen, sollten aus deutscher Sicht derzeit noch nicht gezogen werden. Vielmehr sind die Ergebnisse der im Herbst 2010 durchgeführten Konsultation der EU-Mitgliedstaaten zur Zukunft des E-commerce und zur Anwendung der E-commerce-Richtlinie abzuwarten, die die Kommission bis Mitte 2011 vorlegen will. Auf nationaler Ebene ist im Übrigen insoweit die Meinungsfindung noch nicht abgeschlossen.

Aus deutscher Sicht kommt dabei jedoch die Einführung von Internetsperren nicht in Betracht. Problematisch sind zudem Regelungen zur präventiven Kontrolle von Inhalten. Im Übrigen steht außer Frage, dass mehr Kooperation zwischen Rechteinhabern und Diensteanbietern bei der Bekämpfung der Internetpiraterie wünschenswert ist. In Deutschland wurde dazu ein „Wirtschaftsdialog“ eingerichtet, in dessen Rahmen die beteiligten Kreise die rechtlichen und technischen Möglichkeiten erörtern. Diese Diskussion über geeignete Lösungsmodelle dauert an und sollte ebenfalls abgewartet werden. Deutschland wird die Ergebnisse zum gegebenen Zeitpunkt im Rahmen der Expertengruppe E-commerce den Mitgliedstaaten und der Kommission vorstellen.

#### **b) Anmerkungen speziell zu Mittelspersonen und gerichtlichen Anordnungen (Ziffer 3.3.)**

aa) Die Ausführungen unter 3.3. zu einer Erweiterung der Pflichten von "Mittelspersonen" beziehen sich offenbar vorrangig auf Pflichten von Providern. Die fragliche Passage im Bericht hat folgenden Wortlaut:

*"Mittelspersonen, die Waren befördern, bei denen der Verdacht einer Verletzung der Rechte des geistigen Eigentums besteht (wie Transportunternehmen, Spediteure oder Schiffsagenten/Schiffsspediteure), können eine führende Rolle spielen bei der Kontrolle des Vertriebs von Waren, durch die Rechte des geistigen Eigentums verletzt werden. Auch Internetplattformen wie beispielsweise Online-Märkte oder Suchmaschinen können eine wichtige Rolle spielen, wenn es darum geht, die Zahl der Verletzungen der Rechte des geistigen Eigentums zu verringern, vor allem durch Präventivmaßnahmen und Verfahren zur Meldung und Entfernung rechtswidriger Inhalte." (vgl. Seite 7 des Berichts)*

Die Ausführungen zu "Präventivmaßnahmen" deuten auf proaktive Überwachungspflichten von Internet Providern hin, die eine Verschärfung auch des europäischen Rechtsrahmens (E-commerce-Richtlinie 2000/31/EG) andeuten. Dies könnte zu Widersprüchen mit Artikel 15

der E-commerce-Richtlinie führen. Wie bereits ausgeführt, sollte dieser Aspekt vorrangig im Rahmen der unter 1. a) genannten Konsultationen und Beratungen diskutiert werden. Die bereits genannten Grenzen (z. B. Internetsperren, Prüfpflichten von Inhalten) sind jedoch bei Überlegungen zu eventuellen Maßnahmen zu beachten.

Der Folgeabsatz im Bericht (Seite 7) weist zwar auf die bestehenden Sonderbestimmungen im EU-Recht für die Haftung der Internetprovider hin. Der Schlüsselsatz (Seite 7) ist unklar:

*"... Darüber hinaus deuten die im Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen aufgeführten Erkenntnisse darauf hin, dass die derzeit verfügbaren legislativen und nichtlegislativen Instrumente nicht ausreichen, um Online-Verletzungen von Rechten des geistigen Eigentums wirksam zu bekämpfen. Da der Vermittler sich im Hinblick auf Prävention und Beendigung der Online-Verletzungen von Rechten des geistigen Eigentums in einer günstigen Position befindet, könnte die Kommission untersuchen, wie er enger eingebunden werden kann."*

Bei etwaigen Überlegungen sind, wie ausgeführt, auch die Zumutbarkeit für die Vermittler und die Belange der Internetnutzer zu berücksichtigen, insbesondere dürfen präventive Maßnahmen zur präventiven Kontrolle von Inhalten nicht zu einer Verpflichtung der Vermittler zur Überwachung des Datenverkehrs durch die Vermittler führen.

bb) Die von der EU Kommission erwogene Klarstellung, "dass gerichtliche Anordnungen nicht von der Haftung des Vermittlers abhängen sollten" (Seite 7), erscheint problematisch und wäre gegebenenfalls zu konkretisieren. Gerichtliche Anordnungen dürfen keineswegs schrankenlos möglich sein, sondern setzen eine entsprechende Verantwortlichkeit der Internetvermittler voraus. Zwar muss diese nicht zwingend den gleichen Voraussetzungen unterliegen, wie die Haftung auf Schadensersatz. Nach deutschem Recht kommen gegenüber Internetvermittlern unter bestimmten Voraussetzungen Unterlassungsansprüche nach den Grundsätzen der Störerhaftung – wie etwa bei Verletzung von im Einzelfall gegebenen Prüfungspflichten – in Betracht (zu Einzelheiten zur Störerhaftung vgl. die Antwort unter Buchstabe a) zu Frage 1.6 auf Seite 4 f der Anlage), auch wenn die Voraussetzungen für eine Haftung auf Schadensersatz (z. B. das Verschulden) nicht gegeben sind. Die beabsichtigte Klarstellung in der bisherigen Formulierung könnte dahingehend missverstanden werden, dass gerichtliche Anordnungen schon beim bloßen Vorliegen von Rechtsverletzungen ohne jegliche weitere Voraussetzungen sollen erlassen werden können. Dies stünde nicht im Einklang mit den deutschen Anforderungen an den Erlass von gerichtlichen Anordnungen auf Unterlassung.

### **c) Ergänzende Anmerkungen zum Thema Internetsperren**

Im Bericht finden sich keine Forderungen nach Internetsperren. Allerdings werden Internetsperren in Ziffer 2.5.1.2. des Commission Staff Working Document ausdrücklich als erfolgreiches Mittel genannt (Seite 15, letzter Satz des Commission Staff Working Document Nr. 5140/11, COM (2010) 779 final):

*"Injunctions have also been successfully used towards intermediaries in order to block access to the sites which facilitate works protected by copyright or related right without the consent of the rightholder."*

Deutschland lehnt die Einführung von Internetsperren ab.

### **2. Sonstige Mittelspersonen (insbesondere Spediteure)**

Auch erweiterte Prüfpflichten sonstiger Mittelspersonen (insbesondere Spediteure) werden abgelehnt. Spediteure sind in vielen Fällen nicht selbst Rechtsverletzer oder Störer. Spediteure oder Frachtführer trifft nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs als höchstem Gericht in Zivilsachen in Deutschland keine allgemeine Prüfungspflicht im Hinblick auf Verletzungen von Rechten des geistigen Eigentums durch transportierte Ware (vgl. BGHZ 182, 245-263). Eine solche mit finanziellen Belastungen verbundene Prüfungspflicht würde die geschäftliche Tätigkeit von Spediteuren in unverhältnismäßiger Weise belasten und ist auch aus diesem Grund abzulehnen. Ansprüche auf Unterlassung kommen jedoch in der deutschen Rechtsprechung im Einzelfall dann in Betracht, wenn der Spediteur oder Frachtführer positive Kenntnis von der Rechtsverletzung hat oder die beim Vorliegen konkreter Anhaltspunkte für eine Schutzrechtsverletzung ihn treffende Prüfungspflicht verletzt (vgl. hierzu auch Antwort Buchstabe b) zu Frage 4.5 auf Seite 11 f der Anlage).

### **Zu Punkt 3.4 – Die Frage des ausgewogenen Verhältnisses zwischen dem Recht auf Auskunft und den Rechtsvorschriften zum Schutz der Privatsphäre (Seite 7 f des Berichts)**

Aus deutscher Sicht ist ein ausgewogenes Verhältnis zwischen dem Recht auf Auskunft und den Rechtsvorschriften zum Schutz der Privatsphäre wichtig. Es wird kein Änderungsbedarf im Hinblick auf den in der Durchsetzungsrichtlinie geregelten Auskunftsanspruch gesehen.

Insgesamt wird zu den Einzelheiten auch auf die Antworten zu den Fragen 5.1. bis 5.5. verwiesen (Seite 12 ff der Anlage).

Die Bedeutung des letzten Satzes von Punkt 3.4 ist nicht ganz klar: *"Gegebenenfalls könnten auch Rechtsmittel und die Herstellung eines angemessenen Gleichgewichts zwischen den betreffenden Rechten in Betracht gezogen werden."* Hier wird nicht deutlich, was gemeint ist. Der Rechtsweg zur Durchsetzung des in der Durchsetzungsrichtlinie vorgesehenen Auskunftsanspruchs ist bereits gegeben.

### **Zu Punkt 3.5. – Die ausgleichende und abschreckende Wirkung von Schadenersatz (Seite 8 f des Berichts)**

Deutschland lehnt einen Strafschadenersatz ab. Abgelehnt werden daher Modelle, die über die Schadenskompensation beim geschädigten Rechtsinhaber hinausgehen. Hierzu zählen die generelle Zumessung einer mehrfachen Lizenzgebühr ebenso wie eine Kumulation von verschiedenen Methoden zur Schadensberechnung oder von Schadens- und Bereicherungsansprüchen. Allerdings schließt das deutsche Recht „pauschale Zuschläge“ nicht aus. Im Einzelnen – insbesondere auch zu Sonderfallgestaltungen im Bereich des Urheberrechts („Kontrollzuschläge“ zugunsten der Verwertungsgesellschaft GEMA; Schadenersatz bei Verletzung des Urheberpersönlichkeitsrechts) – wird auch auf die Antworten zu den Fragen 7.1. bis 7.3. verwiesen (Seite 17 ff der Anlage).

1. Deutschland lehnt es ab, dem Schadenersatz die Funktion einer Abschreckung vor weiteren Rechtsverletzungen beizumessen. Dies widerspricht den Grundsätzen des deutschen Schadenersatzrechts, das den Ausgleich für den vom Verletzten tatsächlich erlittenen Schaden bezweckt und keine Abschreckungsfunktion hat. Insbesondere werden daher jegliche Formen von Strafschadenersatz (punitive damages) abgelehnt. Dem entgegen scheint die folgende Passage auf Seite 9 des Berichts in Dok. 5410/11, KOM (2010) 779 endgültig, nahezulegen, dass dem Schadensersatz auch eine Abschreckungsfunktion zukommen soll:

*„Nach Angaben der Rechteinhaber scheint Schadenersatz derzeit potenzielle Rechteverletzer nicht wirksam von illegalen Tätigkeiten abzuschrecken. Dies ist vor allem darauf zurückzuführen, dass der von Gerichten verhängte Schadenersatz nicht dem Profit entspricht, den die Rechteverletzer erzielen.“*



2. Aus deutscher Sicht wird eine etwaige Kumulation verschiedener Berechnungsmethoden (tatsächlicher Schaden, Verletzergewinn, angemessene Lizenzgebühr) abgelehnt. Im deutschen Recht stehen für die Bestimmung der Höhe des Schadenersatzes die vorgenannten drei Berechnungsmethoden alternativ und nicht additiv zur Verfügung.

3. Des Weiteren bestehen Bedenken gegen Lösungen, die Gedanken des Bereicherungsrechts mit denen des Schadenersatzrechts vermengen. Abgelehnt wird insbesondere die Änderung der Durchsetzungsrichtlinie durch Einführung eines verschuldensunabhängigen Anspruchs auf Ersatz des Verletzergewinns über das Bereicherungsrecht.

In eine solche Richtung scheint die Kommission zu denken, wenn es auf Seite 9 des Berichts heißt:

*"Hauptziel des Schadenersatzes ist es, die Rechteinhaber in die gleiche Lage zu versetzen wie es ohne die Rechtsverletzung der Fall gewesen wäre. Heutzutage scheinen jedoch die Gewinne der Rechteinhaber (ungerechtfertigte Bereicherung) wesentlich höher auszufallen als der dem Rechteinhaber tatsächlich entstandene Schaden. In diesen Fällen könnte in Erwägung gezogen werden, ob die Gerichte befugt sein sollten, einen der ungerechtfertigten Bereicherung des Rechteinhabers entsprechenden Schadenersatz zu verhängen, auch wenn dieser den dem Rechteinhaber tatsächlich entstandenen Schaden übersteigt."*

Im deutschen Recht wird dieser Fall im Rahmen des Schadenersatzanspruchs durch eine der drei Methoden der Berechnung des Schadenersatzes (Verletzergewinn) erfasst. Der Bereicherungsanspruch richtet sich nach der deutschen Rechtsprechung dagegen nicht auf Herausgabe des gesamten Verletzergewinns, sondern ist auf die Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr begrenzt. Die Einführung eines Anspruchs auf Ersatz des Verletzergewinns aus Bereicherungsrecht in der Durchsetzungsrichtlinie würde der Rechtslage in Deutschland widersprechen. Auch käme eine zusätzliche Anwendung von Bereicherungsansprüchen zur Herausgabe des Verletzergewinns oder zu anderen Methoden der Schadensberechnung im Sinne einer kumulativen Erstattung im deutschen Recht wegen des oben beschriebenen Alternativitätsverhältnisses der Schadensberechnungsmethoden nicht Betracht und ist daher abzulehnen.

Gesamtpaket mit den anderen nationalen und auch grenzüberschreitenden (Begleit)Maßnahmen greifen.

2. Die Kommission führt des Weiteren aus, dass fehlende Harmonisierung im strafrechtlichen Bereich ein ernsthaftes Hindernis sei und die grenzüberschreitende Zusammenarbeit zwischen den Behörden erschweren/behindern könnte („*Absence of harmonisation in the area of criminal measures to protect intellectual property rights could be a serious obstacle and hinder cross-border cooperation between the law enforcement agencies.*“)

Auch diese Behauptung wird nicht begründet. Für die Schaffung strafrechtlicher Vorschriften im EU-Recht – wie es die Kommission vorliegend anstrebt - muss das Erfordernis/die Unerlässlichkeit strafrechtlicher Vorgaben auf EU-Ebene nachgewiesen sein (siehe auch unten unter Ziffer 3.). Gegenwärtig bleibt die Kommission diesen Nachweis schuldig.

c) Die Kommission möchte einen neuen Richtlinienvorschlag über strafrechtliche Sanktionen vorlegen und prüft gegenwärtig den Umfang der zu harmonisierenden strafrechtlichen Maßnahmen.

Es ist darauf hinzuweisen, dass im Hinblick auf die Notwendigkeit einer Mindestangleichung der nationalen Sanktionsregeln durch die EU-Gesetzgebung im deutschen Recht strenge Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts aus dem Urteil vom 30. Juni 2009 zum Zustimmungsgesetz und den Begleitgesetzen zum Vertrag von Lissabon (BVerfGE 123, 267 ff.) zu beachten sind. Danach muss für strafrechtliche Maßnahmen nach Artikel 83 Absatz 2 AEUV nachweisbar feststehen, dass ein gravierendes Vollzugsdefizit tatsächlich besteht und nur durch Strafandrohung beseitigt werden kann. Dieser Nachweis steht nach wie vor aus.

Versendet am: 11. April 2011

Fragebogen der Ratspräsidentschaft im Ratsdokument 6141/11 (Questions related to the Commission's Report on the application of Directive 2004/48/EC on the enforcement of intellectual property rights (5140/11 PI 2 DROIPEN 4 JUSTCIV 1))

## Antworten Deutschlands

### 1. Digital environment

1.1. Do you consider that IPR infringements over the Internet pose a problem that the current toolbox of Directive 2004/48/EC (Enforcement Directive) is not entirely suitable to handle?

*Antwort:* Aus deutscher Sicht erscheinen die Regelungsinstrumentarien der Durchsetzungsrichtlinie ausreichend und geeignet, um insoweit Rechtsverletzungen im Internet entgegenzuwirken.

1.2. What kind of specific measures are in your view suitable to combat such infringements? Which measures should be taken at EU level?

*Antwort:* Die Regelungsinstrumentarien der Durchsetzungsrichtlinie haben sich bewährt. Ob darüber hinaus ein Bedürfnis nach weitergehenden Regelungen besteht, wird auch von den in Kürze zu erwartenden Schlussfolgerungen der Kommission zur Evaluierung der E-Commerce-Richtlinie abhängen. Auf Ebene der Europäischen Union erscheint auch eine noch stärkere Zusammenarbeit mit Drittstaaten sinnvoll, da die Verantwortlichen entsprechender Rechtsverletzungen – bedingt durch die Möglichkeiten des Internet – vielfach aus Nicht-EU-Staaten agieren.

1.3. Is there a need to lay down rules regarding the liability of online service providers (and limitations thereto) in the Enforcement Directive beyond those already existing in Directive 2000/31/EC (Directive on electronic commerce)? If yes, is there a need to define the term "online service provider" in the legal framework of intellectual property?

*Antwort:* Es besteht keine Notwendigkeit, eigenständige bzw. von der E-commerce-Richtlinie abweichende Regelungen in der Durchsetzungsrichtlinie zu verankern. Dies gilt auch für Begriffsdefinitionen. Artikel 12 bis 15 der E-commerce-Richtlinie sehen ein

abgestuftes Haftungssystem vor. Die Rechtsprechung sowohl des Europäischen Gerichtshofs als auch der nationalen Gerichte hat die Regelungen zur Providerhaftung in der E-commerce-Richtlinie sowie im Telemediengesetz (TMG), durch das die Richtlinie in nationales Recht umgesetzt wurde, zwischenzeitlich konkretisiert. Zur E-commerce-Richtlinie ist auf die noch nicht vorliegenden Schlussfolgerungen der Kommission zur Konsultation der EU-Mitgliedstaaten hinzuweisen. Dem sollte nicht vorgegriffen werden. In der Zusammenschau mit diesen Schlussfolgerungen ist zu prüfen, ob Konkretisierungen der sog. Providerhaftung erforderlich werden.

Die Providerhaftung sollte nicht „zersplittert“ in der Durchsetzungsrichtlinie und der E-commerce-Richtlinie geregelt werden. Die Regelungen der E-Commerce-Richtlinie zielen darauf ab, dass die von der Rechtsordnung gebilligten Geschäftsmodelle der Diensteanbieter nicht durch unkalkulierbare Haftungsrisiken gefährdet werden. Daran hat sich im Grunde nichts geändert. Deshalb sollte es bei von den Diensteanbietern umsetzbaren einheitlichen horizontalen Regelungen, die alle Rechtsbereiche gleichermaßen erfassen, in der E-Commerce-Richtlinie bleiben.

**1.4. Taking into account the types of data mentioned in Article 8(1) and 8(2) of the Enforcement Directive, is there a need to introduce explicit rules that enable authorities to order online service providers, regardless of their liability, to disclose information relating to individual subscribers who have allegedly committed IP infringement? If yes, what should be the preconditions and limits for such orders (e.g. infringement has to be on a commercial scale, only judicial authorities may order such measures, infringement proceedings have to be in progress, only certain types of data may be provided, limitations for safeguarding rights to privacy and protection of confidential data)? What should be the sanction for non-compliance with such orders? Should these measures be limited to IP infringements? (See also question 5.3.)**

**Antwort:** Aus deutscher Sicht sind ergänzende Regelungen der dargestellten Form abzulehnen, die über den bisherigen Rechtsrahmen hinausgehen.

a) Die Regelungen in Artikel 8 der Durchsetzungsrichtlinie, die u. a. durch § 101 Urheberrechtsgesetz (UrhG) und andere Gesetze zum Schutz des geistigen Eigentums in nationales Recht umgesetzt wurden, erscheinen ausreichend und haben sich in der Praxis bewährt. Im deutschen Recht ist der Auskunftsanspruch in den Gesetzen zum Schutz des geistigen Eigentums im Einzelnen wie folgt geregelt:

Danach hat der Rechtsinhaber im Falle einer Rechtsverletzung (soweit das Urheberrecht betroffen ist, ist eine Rechtsverletzung in „gewerblichem Ausmaß“ erforderlich) gegen den Verletzer eines geschützten Rechts einen Anspruch auf unverzügliche Auskunft über die Herkunft und den Vertriebsweg der rechtsverletzenden Gegenstände (z. B. §§ 101 Absatz 1 Urheberrechtsgesetz, 19 Absatz 1 Markengesetz, 140 b Absatz 1 Patentgesetz).

In Fällen offensichtlicher Rechtsverletzung oder in Fällen, in denen der Rechtsinhaber gegen den Verletzer Klage erhoben hat, besteht daneben ein Auskunftsanspruch auch gegen eine (dritte) Person, die in gewerblichem Ausmaß

1. rechtsverletzende Gegenstände in ihrem Besitz hatte,
2. rechtsverletzende Dienstleistungen in Anspruch nahm,
3. für rechtsverletzende Tätigkeiten genutzte Dienstleistungen erbrachte oder
4. nach den Angaben einer in Nummer 1, 2 oder Nummer 3 genannten Person an der Herstellung, Erzeugung oder am Vertrieb solcher Waren oder an der Erbringung solcher Dienstleistungen beteiligt war.

Der Anspruch gegen den Dritten besteht dann jedoch nicht, wenn dieser nach den §§ 383 bis 385 der Zivilprozessordnung im Prozess gegen den Verletzer zur Zeugnisverweigerung berechtigt wäre (z. B. §§ 101 Absatz 2 Urheberrechtsgesetz, 19 Absatz 2 Markengesetz, 140 b Absatz 2 Patentgesetz).

Die Auskunftsansprüche gegen den Verletzer als auch gegen den Dritten sind ferner ausgeschlossen, wenn die Inanspruchnahme im Einzelfall unverhältnismäßig erscheint (z. B. §§ 101 Absatz 4 Urheberrechtsgesetz, 19 Absatz 4 Markengesetz, 140 b Absatz 4 Patentgesetz).

Kann die Auskunft nur unter Verwendung von Verkehrsdaten im Sinne des Telekommunikationsgesetzes erteilt werden, ist für ihre Erteilung eine vorherige richterliche Anordnung über die Zulässigkeit der Verwendung der Verkehrsdaten erforderlich, die von dem Verletzten zu beantragen ist (z. B. §§ 101 Absatz 9 Urheberrechtsgesetz, 19 Absatz 9 Markengesetz, 140 b Absatz 9 Patentgesetz). "Verkehrsdaten" sind Daten, die bei der Erbringung eines Telekommunikationsdienstes erhoben, verarbeitet oder genutzt werden (vgl. § 3 Nr. 30 des Telekommunikationsgesetzes).

b) Zudem sind entsprechende vorsätzliche Rechtsverletzungen auch strafbar, so dass die zuständigen Stellen (Staatsanwaltschaften und Gerichte) über strafprozessuale Befugnisnormen die erforderlichen Auskünfte erlangen können. Bei Verweigerung von

Auskünften stehen auch Zwangsmittel zur Verfügung, so dass diesbezüglich ebenfalls kein Regelungsbedarf besteht. Sämtliche Maßnahmen unterliegen einer gerichtlichen Kontrolle.

**1.5. Taking into account the jurisprudence of the European Court of Justice, is there a need to amend the existing legal framework relating to the liability or legal obligations of online service providers (including search engines and online market places) whose services are directly used in infringing activities (not necessarily on a commercial scale)? If yes, which legal instrument should be amended (the Directive on Electronic Commerce, the Enforcement Directive or the Trade Mark Directive)?**

*Antwort:* Vor dem Hintergrund der Konkretisierung des Rechtsrahmens durch den EuGH und des anstehenden Berichts der Kommission zur E-commerce-Richtlinie ist zu prüfen, ob weitere Konkretisierungen der sog. Providerhaftung erforderlich werden. Schlussfolgerungen zur Providerhaftung sollten im Rahmen der E-commerce-Richtlinie gezogen werden, um den horizontalen Charakter dieser Bestimmungen nicht zu beeinträchtigen (siehe Antwort zu Frage 1.3). Die E-commerce-Richtlinie sollte Standort horizontaler Regelungen zur Haftung von Internet Providern sein, während die Durchsetzungsrichtlinie systematisch nur Standort von Sonderregelungen sein kann, die spezifisch für Verletzungen des geistigen Eigentums gelten.

**1.6. In the case of online copyright infringements, does your law provide for the possibility of taking measures against websites facilitating such infringements or against advertisers financing such websites? Does your law provide for specific legal measures against P2P file sharing? Do you see a need for such measures to be included in the Enforcement Directive?**

*Antwort:*

a) Sofern die Frage darauf abzielt, inwieweit Betreiber von Webseiten für Rechtsverletzungen haften, ist hier insbesondere auf das in Deutschland von der Rechtsprechung entwickelte Institut der „Störerhaftung“ hinzuweisen: Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs haftet beispielsweise ein Provider auf Unterlassung, wenn er – ohne selbst Täter oder Teilnehmer zu sein – einen willentlichen und adäquat-kausalen Beitrag zur Verletzung eines geschützten Rechtsguts gesetzt hat. Da die Störerhaftung jedoch nicht über Gebühr auf Dritte erstreckt werden darf, die nicht selbst die rechtswidrige Beeinträchtigung vorgenommen haben, setzt eine Inanspruchnahme des Störers die Verletzung einer Prüfpflicht voraus. Der Umfang der Prüfpflicht wird danach bestimmt, ob und inwieweit dem als Störer in Anspruch Genommenen nach den Umständen

eine Prüfung zuzumuten ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es z. B. einem Unternehmen, das im Internet eine Plattform für Fremdversteigerungen betreibt, nicht zuzumuten, jedes Angebot vor Veröffentlichung im Internet auf eine mögliche Rechtsverletzung hin zu untersuchen (BGH GRUR 2004, 860, 864). Allerdings muss es immer dann, wenn es auf eine klare Rechtsverletzung hingewiesen worden ist, nicht nur das konkrete Angebot unverzüglich entfernen, sondern auch technisch mögliche und zumutbare Maßnahmen ergreifen, um Vorsorge dafür zu treffen, dass es nicht zu weiteren entsprechenden Rechtsverletzungen kommt (vgl. BGH GRUR 2004, 860, 864; BGH GRUR 2008, 702, 706). Das Rechtsinstitut der Störerhaftung kommt in Deutschland häufig zur Anwendung und hat sich bewährt.

Unklar ist, welche Konstellation mit der Frage nach den Werbetreibenden, die die Werbeseiten finanzieren, in den Blick genommen werden soll. In diesen Fällen sind jedenfalls die allgemeinen Regelungen des Wettbewerbsrechts zu beachten.

Darüber hinaus haben in Deutschland die zuständigen Aufsichtsbehörden (Zuständigkeit der Bundesländer) die Möglichkeit, gegen illegale Telemedien (= Dienste der Informationsgesellschaft im Sinne der E-commerce-Richtlinie) vorzugehen. Sie können zu diesem Zweck auch Sperrverfügungen dahingehend erlassen, dass entsprechende Angebote seitens der Access-Provider nicht mehr an Nutzer durchgeleitet werden. Die E-commerce-Richtlinie sieht diese Möglichkeiten in den Artikeln 12 – 15 ausdrücklich vor. Für zusätzliche Regelungen in der Durchsetzungsrichtlinie besteht kein Bedarf.

b) Nach deutschem Recht kann der Rechtsinhaber gegen Rechtsverletzungen in P2P-Tauschbörsen wie folgt vorgehen: Grundsätzlich gelten für online- und offline begangene Urheberrechtsverletzungen die gleichen Vorschriften. Die Rechtsdurchsetzung gerade im Bereich P2P funktioniert in Deutschland in der Praxis im Wesentlichen zufriedenstellend. Mit dem Auskunftsanspruch können die Rechtsinhaber von den Providern Auskunft darüber verlangen, wem eine bestimmte IP-Adresse, unter der eine Datei illegal herunter geladen oder angeboten wurde, zu einer bestimmten Zeit zugewiesen war. Zur Frage der anschließenden Rechtsdurchsetzung gegen den Verletzer ist für Deutschland auf folgendes hinzuweisen: Um unter Umständen lange und kostenintensive Gerichtsverfahren zu vermeiden, hat sich in Deutschland zudem das Rechtsinstitut der Abmahnung bewährt. Hierbei fordert der Rechtsinhaber den Verletzer auf, die Rechtsverletzung zu unterlassen und eine Unterlassungsverpflichtungserklärung abzugeben. Der Verletzer ist verpflichtet, dem Rechtsinhaber etwaige Abmahnkosten (insbesondere die Rechtsanwaltskosten) zu ersetzen. Die Anwaltskosten werden in Bagatellfällen auf € 100,- begrenzt.

*Aus deutscher Sicht sind keine Maßnahmen speziell im Bezug auf P2P-Tauschbörsen in die Durchsetzungsrichtlinie aufzunehmen.*

## **2. Scope of the Directive**

**2.1. Is there a need to apply some (or all) of the measures provided for in the Enforcement Directive also with a view to rights that currently are not covered by the Directive?**

*Antwort: Es besteht aus deutscher Sicht kein Bedürfnis, die Maßnahmen der Durchsetzungsrichtlinie auf von dieser nicht erfasste Rechte auszuweiten.*

**2.2. How do you think issues like the protection of trade secrets and domain names and protection against parasitic copies (look-alike marketing) should be dealt with? Do you see them as being linked to IPR or do you consider them more an issue of unfair competition law? Would you see an added value of EU action in that area?**

**Antwort:**

### **a) Geschäftsgeheimnisse**

*Der Schutz nicht offenbarer Informationen (Geschäftsgeheimnisse) zählt im deutschen Recht nicht zum geistigen Eigentum, sondern zum Wettbewerbsrecht. Es bestehen dafür eigenständige Durchsetzungsmechanismen, die insbesondere im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb enthalten sind. Ein Bedarf nach EU-Maßnahmen besteht aus hiesiger Sicht nicht. Eine Erstreckung des Anwendungsbereichs der Durchsetzungsrichtlinie oder sonstige EU-Maßnahmen sind in diesem Bereich daher nicht erforderlich.*

### **b) Domainnamen**

*Nach deutschem Recht kommt der Schutz von Domainnamen nach dem Markenrecht oder nach dem zivilrechtlichen Namensrecht in Betracht. Sofern ein als Marke geschützter Domainname verletzt wird, ist die Durchsetzungsrichtlinie anwendbar. Der Schutz von Domainnamen, soweit diese nicht im geschäftlichen Verkehr verwendet werden, sind in Deutschland nach dem Zivilrecht (§ 12 des Bürgerlichen Gesetzbuches) gewährleistet. Der Namensschutz nach § 12 BGB ist letztlich eine Ausprägung des Schutzes des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Er ist weder Teil des Wettbewerbsrechts noch des gewerblichen Rechtsschutzes. Eine Erstreckung des Anwendungsbereichs der Durchsetzungsrichtlinie oder sonstige EU-Maßnahmen sind in diesem Bereich nicht erforderlich.*



### **c) Look-alike Marketing**

Sofern Produktnachahmungen im Einzelfall eine Verletzung von Marken- oder Geschmacksmusterrechten darstellen, sind diese vom Anwendungsbereich der Durchsetzungsrichtlinie erfasst.

Ansonsten ist der Schutz gegen Produktnachahmungen eine Frage des Wettbewerbsrechts. Im Wettbewerbsrecht gibt es eigenständige Durchsetzungsmechanismen. Eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der Durchsetzungsrichtlinie oder sonstige EU-Maßnahmen sind nicht erforderlich.

**2.3. Is there a need to provide a list of intellectual property rights in the Enforcement Directive? If yes, what should be the relation of this list to the scope of the Directive (exhaustive list, indicative list, minimum list)? Should such a list be included in the Articles or in the recitals? How should rights protected only by certain national laws be treated in such a list?**

*Antwort: Es besteht keine Notwendigkeit zur Aufnahme einer Liste der Rechte des geistigen Eigentums in die Durchsetzungsrichtlinie. Die Erklärung der Kommission zu Artikel 2 der Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (Dok. Nr. 2005/295/EG) ist ausreichend. Insbesondere lehnt Deutschland es ab, Rechte in eine etwaige Liste aufzunehmen, die nach der Systematik des deutschen Rechts nicht zu den Rechten des geistigen Eigentums zählen (z. B. Schutz nicht offenbarer Informationen, Domainnamen oder sonstige dem Wettbewerbsrecht zuzuordnende Verstöße, vgl. obige Antwort zu Frage 2.2).*

### **3. Evidence**

**3.1. What are the limits of the provisional measures (e.g. search or seizure orders) in respect of confidential (private) information under your law? Have you encountered any difficulties in this respect?**

*Antwort: Im Rahmen der Anordnung von Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes wird den Interessen der Betroffenen am Schutz der Privatsphäre und der Vertraulichkeit von Informationen im jeweiligen Einzelfall Rechnung getragen. Sofern es z. B. um die Vorlage von Urkunden oder die Duldung der Besichtigung einer Sache geht, die auch im Wege der einstweiligen Verfügung angeordnet werden können, sehen die einschlägigen Gesetze zum Schutz des geistigen Eigentums ausdrücklich vor, dass das Gericht die erforderlichen*

Maßnahmen zu treffen hat, um den im Einzelfall gebotenen Schutz vertraulicher Informationen zu gewährleisten. Dies gilt insbesondere in den Fällen, in denen die einstweilige Verfügung ohne vorherige Anhörung des Gegners erlassen wird (vgl. z. B. § 101a Absatz 3 Urheberrechtsgesetz, § 140 c Absatz 3 Patentgesetz, § 24c Gebrauchsmustergesetz, § 19a Absatz 3 Markengesetz, § 46a Absatz 3 Geschmacksmustergesetz).

Umsetzungsschwierigkeiten aus der Praxis sind hier nicht bekannt.

### **3.2. What are the conditions, under your law, to obtain banking, financial or commercial documents?**

*Antwort:* Die einschlägigen Gesetze zu den jeweiligen Rechten des geistigen Eigentums sehen vor, dass der Verletzte im Falle einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit einer im gewerblichen Ausmaß begangenen Rechtsverletzung (über die Vorlage von Urkunden oder die Duldung der Besichtigung einer Sache hinaus) einen Anspruch auf Vorlage von Bank-, Finanz- oder Handelsunterlagen hat.

Weiterhin kann der Verletzte bei einer im gewerblichen Ausmaß begangenen vorsätzlich oder fahrlässig begangenen Rechtsverletzung den Verletzer auch dann auf Vorlage von Bank-, Finanz- oder Handelsunterlagen oder einen geeigneten Zugang zu den entsprechenden Unterlagen in Anspruch nehmen, die sich in der Verfügungsgewalt des Verletzers befinden und die für die Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs erforderlich sind, wenn ohne die Vorlage die Erfüllung des Schadensersatzanspruchs fraglich ist.

Soweit der (vermeintliche) Verletzer geltend macht, dass es sich um vertrauliche Informationen handelt, trifft das Gericht die erforderlichen Maßnahmen, um den im Einzelfall gebotenen Schutz zu gewährleisten. Der Anspruch ist jedoch ausgeschlossen, wenn die Inanspruchnahme im Einzelfall unverhältnismäßig ist.

### **3.3. Is there a need to ensure that**

- (a) **personal computers can be searched/seized in order to establish evidence for an IPR infringement committed via the Internet?**
- (b) **screenshots are accepted by courts as evidence for infringements committed via the Internet?**

**Antwort:**

Zu a) Eine Notwendigkeit sicherzustellen, dass Computer durchsucht oder beschlagnahmt werden können, besteht nicht. Bereits jetzt können nach deutschem Recht Computer zum Zwecke der Beweissicherung beschlagnahmt werden. Die einschlägigen Gesetze zu den jeweiligen Rechten des geistigen Eigentums sehen zudem vor, dass der Verletzte im Falle einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit einer Rechtsverletzung vom Verletzer u. a. die Duldung der Besichtigung einer Sache verlangen kann, die sich in seiner Verfügungsgewalt befindet, wenn dies zur Begründung der Ansprüche des Verletzten erforderlich ist. Zu den Sachen, auf deren Besichtigung ein Anspruch besteht, können auch Computer zählen. Die Verpflichtung u. a. zur Duldung der Besichtigung der Sache kann auch im einstweiligen Verfahren angeordnet werden. Diese Verpflichtung kann im Wege der Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden.

Zu b) Ob ein Screenshot als Beweis für eine Rechtsverletzung als ausreichend erachtet wird, ist eine Frage des jeweiligen Einzelfalls, die nicht gesetzlich vorgegeben werden sollte. Die Entscheidung darüber, ob ein Screenshot als Nachweis für eine Rechtsverletzung genügt, sollte daher der Beweiswürdigung des jeweils mit der Sache befassten Gerichts überlassen bleiben.

**3.4. Is there a need to clarify the term "under the control" relating to evidence in Article 6 of the Enforcement Directive?**

**Antwort:** Der Begriff „under the control“ wurde – im Einklang mit der deutschen Fassung der Durchsetzungsrichtlinie - übersetzt mit der Formulierung „in seiner Verfügungsgewalt“. Es liegen keine Informationen darüber vor, dass dieser Begriff in der Praxis signifikante Schwierigkeiten bereiten würde.

**4. Intermediaries**

**4.1. Is there a need to introduce a common definition of Intermediaries in the Enforcement Directive?**

**Antwort:** Es besteht keine Notwendigkeit zur Aufnahme einer allgemeinen Definition der Mittelspersonen. Schon aus systematischen Gründen sollte diese Frage nicht in die Durchsetzungsrichtlinie aufgenommen werden (vgl. die Antworten zu den Fragen 1.3 und 1.5). Insbesondere sollten die Mittelspersonen im Online-Bereich (Access-, Caching und

Hosting-Anbieter) in der Durchsetzungsrichtlinie keine andere Definition erhalten als in der E-commerce-Richtlinie.

**4.2. Does your law contain specific provisions on injunctions against intermediaries, or do such injunctions have to be requested under the general rules? If there are specific provisions, what are these and are they used often?**

*Antwort:* Für Abwehransprüche gegen Mittelspersonen bestehen keine speziellen gesetzlichen Regelungen. Es gelten die allgemeinen gesetzlichen Regelungen, und zwar die entsprechend anzuwendenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Besitz- und Eigentumsstörung (§§ 1004, 823 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) analog). Ob und unter welchen Umständen hiernach Abwehransprüche gegen eine Mittelsperson bestehen, richtet sich nach den Voraussetzungen, die die Rechtsprechung durch das richterrechtliche Institut der Störerhaftung konkretisiert hat (vgl. hierzu die Antwort zu Frage 1.6). Durch das Institut der Störerhaftung wird die Vorgabe der Durchsetzungsrichtlinie in deren Artikel 11 Satz 2 zur Haftung der Mittelspersonen in Bezug auf alle von der Durchsetzungsrichtlinie erfassten Rechte des geistigen Eigentums umgesetzt.

Überlegungen zur Regelung von Unterlassungsansprüchen gegen Vermittler im Online-Bereich sollten in der E-commerce-Richtlinie erfolgen und nicht in der Durchsetzungsrichtlinie. Auch insoweit sollte ein horizontaler Ansatz gelten. Die Kommission hat Schlussfolgerungen zur E-commerce-Richtlinie auch im Hinblick auf die Unterlassungsklagen bis Mitte 2011 angekündigt. Diese Schlussfolgerungen sind abzuwarten.

**4.3. Is there a need to clarify in the Enforcement Directive that not only permanent injunctions are available against intermediaries but also interlocutory injunctions? Should other provisional or precautionary measures be available against intermediaries (see also question 5.3.)?**

*Antwort:* Ein solcher Klarstellungsbedarf besteht nicht. Im Übrigen besteht nach deutschem Recht bereits jetzt die Möglichkeit, im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen Mittelspersonen, und zwar in Bezug auf alle von der Durchsetzungsrichtlinie erfassten Rechte des geistigen Eigentums, vorzugehen.

**4.4. Taking into account that certain measures are available against intermediaries even when they cannot be held liable for the infringing acts, is there a need to clarify**

the standing of an intermediary in IP infringement proceedings? Can an intermediary be deemed an "unsuccessful party" when an injunction is issued against it without establishing its liability for the infringement (e.g. relating to cost issues)?

*Antwort: Ein Klarstellungsbedarf zur Stellung ("standing") von Mittelspersonen in Verfahren im Zusammenhang mit Verletzungen des geistigen Eigentums besteht nicht. Eine Sonderstellung der Mittelspersonen ist nicht gerechtfertigt. Sind die Voraussetzungen der Abwehransprüche (insbesondere die Voraussetzungen der verschuldensunabhängigen Störerhaftung) gegeben, wird die Mittelsperson durch das Gericht (entweder im Hauptsacheverfahren oder im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes) zur Unterlassung oder Beseitigung der Rechtsverletzung verurteilt. Verneint das Gericht hingegen das Bestehen von Abwehransprüchen, wird die Klage oder der Antrag des Verletzten auf Erlass einer einstweiligen Verfügung abgewiesen. Die Mittelsperson ist in beiden Fällen Partei des Verfahrens. Es bestehen keine Besonderheiten der Stellung der Mittelspersonen gegenüber Parteien anderer Prozesse. Deshalb ist es z. B. auch nicht gerechtfertigt, von dem im deutschen Zivilprozess geltenden Grundsatz abzuweichen, dass der Unterliegende (im Falle der Verurteilung wäre dies die Mittelsperson) die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat. Es bleibt der Mittelsperson unbenommen, diese Kosten gegenüber dem Verletzer gegebenenfalls in einem gesonderten Verfahren geltend zu machen.*

**4.5. Should intermediaries (transport service providers, internet platforms, ISPs) be involved to a greater extent in the prevention or termination of IP infringements? If yes, what ways would you deem appropriate?**

**Antwort:**

- a) *Im Hinblick auf den Online-Bereich bestehen hierzu in Deutschland intensive Überlegungen. Sie sind insbesondere Gegenstand eines Wirtschaftsdialogs zwischen Rechteinhabern und Diensteanbietern für mehr Kooperation bei der Bekämpfung der Internetpiraterie. Die Ergebnisse dieses Wirtschaftsdialoges sind abzuwarten, bevor in dieser Frage Schlussfolgerungen gezogen werden können.*
- b) *Auch außerhalb des Onlinebereichs wie im Bereich des Transportwesens (z. B. Spediteure, Frachtführer und Lagerhalter) bestehen keine generellen Prüfpflichten nach der Rechtsprechung zur Störerhaftung im Hinblick auf Schutzrechtsverletzungen durch die transportierte Ware.*

*Hat allerdings z. B. der Spediteur positive Kenntnis von der Schutzrechtsverletzung, wird er spätestens nach Aufrechterhaltung des Besitzes nach Kenntniserlangung von der Verletzung zum Störer und ist somit zur Unterlassung verpflichtet.*

*Wenn zwar keine positive Kenntnis von der Rechtsverletzung vorliegt, kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Pflicht zur Einholung von Erkundigungen und gegebenenfalls zur eigenen Prüfung der Ware jedoch dann für den Spediteur entstehen, wenn ihm konkrete Anhaltspunkte für eine Schutzrechtsverletzung vorliegen (vgl. z. B. BGH GRUR 2009, 1142 – MP3 Player). Verletzt er diese Prüfungspflicht, bestehen Unterlassungsansprüche gegen ihn.*

## **5. Right of information**

**5.1. Is there a difficulty in applying IP enforcement measures (especially rules on right of information) together with rules on data protection or right to privacy in your country?**

*Antwort: Der deutsche Gesetzgeber hat dem Spannungsfeld zwischen den Interessen der Rechtsinhaber am Schutz und an der Durchsetzung des geistigen Eigentums einerseits und den Interessen der Betroffenen am Schutz der Privatsphäre sowie am Datenschutz andererseits insbesondere bei der Ausgestaltung des Auskunftsanspruchs in angemessener Weise Rechnung getragen. Wichtige Verfahrensgarantien (wie z. B. das Zeugnisverweigerungsrecht, die Verhältnismäßigkeit und der Richtervorbehalt zur Herausgabe von Telekommunikationsdaten) werden beachtet (zu den Einzelheiten der Regelungen des Auskunftsanspruchs siehe die Antwort zu Frage 1.4). In diesem Rahmen funktioniert der Auskunftsanspruch im deutschen Recht im Wesentlichen zufriedenstellend. Im Onlinebereich bestehen die gesetzlichen Befugnisse der Diensteanbieter, um für Zwecke der Auskunftserteilung zur Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums personenbezogene Daten der Nutzer zu verarbeiten.*

**5.2. What are the limits of the right of information in your country, in view of privacy issues? Is there a need to amend the Enforcement Directive (or other EU legal instruments) in order to accommodate such conflicts?**

*Antwort: Im deutschen Recht bestehen für den Auskunftsanspruch notwendige Einschränkungen im Hinblick auf das Zeugnisverweigerungsrecht, die Verhältnismäßigkeit und den Richtervorbehalt zur Herausgabe von Telekommunikationsdaten (zu den*

*Einzelheiten der Regelung des Auskunftsanspruchs siehe die Antwort zu Frage 1.4). Eine Änderung der Durchsetzungsrichtlinie ist in diesem Zusammenhang nicht erforderlich.*

**5.3. Is there a need to clarify that the right of information pursuant to Article 8 of the Enforcement Directive may also be invoked before the infringement (and, where appropriate, the acts having been carried out on a commercial scale) was established by the judicial authorities, i.e. that providing information may also be ordered as a provisional measure? Is the usefulness of this interpretation in strengthening the IP enforcement framework enough to outweigh that providing information is by definition "irreversible" and that in certain cases the addressees of such orders are third parties (intermediaries) not being party to the litigation?**

*Antwort: Der Auskunftsanspruch nach Artikel 8 der Durchsetzungsrichtlinie wurde in Deutschland in der Weise umgesetzt, dass dieser nicht nur im Hauptsacheverfahren, sondern auch im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes geltend gemacht werden kann. Im Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes ist die Geltendmachung jedoch auf Fälle „offensichtlicher Rechtsverletzungen“ beschränkt. Offensichtlich ist eine Rechtsverletzung dann, wenn sie so eindeutig ist, dass eine Fehlentscheidung und damit eine ungerechtfertigte Belastung des Antragsgegners kaum möglich ist (vgl. auch BT-Drs. 11/4792, S. 32). Die Begrenzung auf Fälle offensichtlicher Rechtsverletzungen ist notwendig, da die mit der Auskunftserteilung einhergehende Vorwegnahme der Hauptsache ansonsten nicht gerechtfertigt ist. Eine etwaige Regelung in der Durchsetzungsrichtlinie, die eine im Vergleich zum deutschen Recht weitergehende Auskunftserteilung, insbesondere in nicht offensichtlichen Fällen, ermöglicht, wird daher abgelehnt.*

**5.4. Due to data retention laws, online service providers sometimes do not possess the requested information about the infringements (e.g. it was subject to deletion). At the same time this information might need to be provided when requested by the public authorities. How do online service providers in your country respond to such requests from the public authorities when they are no longer in the possession of the information needed?**

*Antwort: Hier besteht kein Konflikt. Auskunftsansprüche können sich nur auf Daten beziehen, die rechtmäßig vorhanden sind und für diesen Zweck verwendet werden dürfen.*

*Sofern Provider nicht oder nicht mehr über die angefragten Daten verfügen, wird dies der anfragenden Stelle regelmäßig mitgeteilt. In Deutschland ist die Speicherpraxis für*

Verkehrsdaten, z. B. IP-Adressen, derzeit unterschiedlich. Mögliche Gesetzgebungs-Initiativen sind derzeit Gegenstand intensiver politischer Diskussionen, über deren Ergebnis noch keine Aussagen getroffen werden können.

**5.5. Can information that in your country would normally be subject to the banking secrecy, be requested by using the right of information?**

*Antwort:* Bei der Vorlage von Urkunden, Bank-, Finanz- oder Handelsunterlagen oder im Falle der Besichtigung einer Sache kann der Verletzer dem entsprechenden Auskunft- oder Vorlageverlangen des Verletzten nicht grundsätzlich den Schutz der Vertraulichkeit entgegenhalten, da nahezu in jedem Fall vertrauliche Informationen Gegenstand des Anspruchs sein dürften, so dass der Anspruch anderenfalls ins Leere liefe. Soweit der (vermeintliche) Verletzer geltend macht, dass es sich um vertrauliche Maßnahmen handelt, sehen die Gesetze zum Schutz des geistigen Eigentums vor, dass das Gericht die erforderlichen Maßnahmen trifft, um den im Einzelfall gebotenen Schutz zu gewährleisten. Der Vorlage- oder Besichtigungsanspruch ist ausgeschlossen, wenn die Inanspruchnahme im Einzelfall unverhältnismäßig ist. Unverhältnismäßigkeit kann etwa dann vorliegen, wenn das Geheimhaltungsinteresse des angeblichen Verletzers das Interesse des Rechtsinhabers an der Vorlage oder Besichtigung bei Weitem überwiegt und dem Geheimhaltungsinteresse auch nicht durch Einzelfallmaßnahmen angemessen Rechnung getragen werden kann (vgl. BT-Drs. 16/5048, Seite 41).

**6. Commercial scale**

**6.1. Have you defined "commercial scale" in your country – either in law or by jurisprudence? If so, which is the definition that you have chosen?**

*Antwort:* In Deutschland wird der Begriff "commercial scale" übersetzt als „gewerbliches Ausmaß“. Eine gesetzliche Definition existiert nicht. Im Urheberrechtsgesetz wird der Begriff wie folgt erläutert (§ 101 Abs. 1 S. 2 Urheberrechtsgesetz):

„Das gewerbliche Ausmaß kann sich sowohl aus der Anzahl der Rechtsverletzungen als auch aus der Schwere der Rechtsverletzung ergeben.“

Diese Erläuterung des Begriffs stellt klar, dass das einschränkende Merkmal „gewerbliches Ausmaß“ nicht nur quantitative, sondern auch qualitative Aspekte aufweist. Für den Fall der Rechtsverletzung im Internet bedeutet dies, dass eine Rechtsverletzung nicht nur im Hinblick



auf die Anzahl der Rechtsverletzungen, also etwa die Anzahl der öffentlich zugänglich gemachten Dateien, ein „gewerbliches Ausmaß“ erreichen kann, sondern auch im Hinblick auf die Schwere der beim Rechtsinhaber eingetretenen einzelnen Rechtsverletzung. Letzteres kann nach den Gesetzgebungsmaterialien (Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/8783, Seite 50) etwa dann zu bejahen sein, wenn eine besonders umfangreiche Datei, wie ein vollständiger Kinofilm oder ein Musikalbum oder Hörbuch, vor oder unmittelbar nach ihrer Veröffentlichung in Deutschland widerrechtlich im Internet öffentlich zugänglich gemacht wird.

**6.2. Is the definition of “commercial scale” still appropriate in Recital 14 of the Enforcement Directive? Is there a need to have a definition at all, and if yes, should it be moved to the Articles of the Directive? Should the link between the commercial scale requirement and the right of information remain intact?**

*Antwort:* Die Definition von „Commercial scale“ („gewerbliches Ausmaß“) im Erwägungsgrund 14 wird weiterhin als angemessen erachtet. Aus hiesiger Sicht besteht keine Notwendigkeit, die Definition in den Regelungsteil aufzunehmen. Der deutsche Gesetzgeber hat in den Gesetzgebungsmaterialien ausdrücklich auf den Erwägungsgrund Bezug genommen (Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs 16/8783, Seite 50). Insofern ist eine richtlinienkonforme Auslegung und Anwendung gewährleistet.

**6.3. The criterion of “commercial scale” (as for its definition, see Recital 14 of the Enforcement Directive) applies to a limited number of specific cases: communication of banking or commercial documents [Article 6(2)], right of information towards intermediaries [Article 8(1)], and seizure of movable and immovable property and blocking of bank accounts as a precautionary measure [Article 9(2)]. For which of the above mentioned three situations do you consider the commercial scale criterion as necessary or useful? What risks do you see if this criterion were to be abolished?**

*Antwort:* Die genannten Artikel wurden in Deutschland in den jeweiligen Gesetzen zu den Rechten des geistigen Eigentums umgesetzt:

- Artikel 6 Absatz 2 der Durchsetzungsrichtlinie wurde umgesetzt u. a. durch § 101a Absatz 1 S. 2 Urheberrechtsgesetz, § 19 a Absatz 1 Satz 2 Markengesetz, § 140 c Absatz 1 Satz 2 Patentgesetz und § 46 a Absatz 1 Satz 2 Geschmacksmustergesetz;

- Artikel 8 Absatz 1 der Durchsetzungsrichtlinie wurde u. a. umgesetzt durch § 101 Urheberrechtsgesetz, § 19 Markengesetz, § 140 b Patentgesetz und § 46 Geschmacksmustergesetz;
- Artikel 9 Absatz 2 der Durchsetzungsrichtlinie wurde umgesetzt u. a. durch § 101b Absatz 1 Urheberrechtsgesetz, § 19 b Absatz 1 Markengesetz, § 140 d Absatz 1 Patentgesetz und § 46 b Absatz 1 Geschmacksmustergesetz.

In allen drei Bereichen wird die Begrenzung auf Fälle in gewerblichem Ausmaß ("commercial scale") für sinnvoll und notwendig erachtet. Teilweise enthielten die deutschen Vorgängerregelungen bereits eine Beschränkung auf Handlungen „im geschäftlichen Verkehr“, was inhaltlich dem Begriff „commercial scale“ entsprach. An dieser Wertung ist auch weiterhin festzuhalten. Insgesamt gilt für alle drei Fälle, dass die Durchsetzungsrichtlinie einen angemessenen Interessenausgleich herstellt.

**6.4. If you have made the right of information subject to the commercial scale requirement, how do you deal with the problem that sometimes the rightholder needs additional information from an intermediary in order to be able to determine whether the infringement has been committed at a commercial scale?**

**Antwort:** Die Rechtsprechung bejaht eine Rechtsverletzung in gewerblichen Ausmaß teilweise schon dann, wenn das streitgegenständliche Werk einen besonders hohen Wert hat oder eine hinreichend umfangreiche Datei wie ein vollständiger Kinofilm, ein Musikalbum oder ein Hörbuch innerhalb der relevanten Verwertungsphase öffentlich zugänglich gemacht wird. Zusätzlicher Sachvortrag dürfte daher regelmäßig nicht erforderlich sein.

Darüber hinaus kommt nach der Rechtsprechung in Einzelfällen eine Erleichterung der Darlegungslast des Verletzten in Betracht. So hat der Bundesgerichtshof (BGH) z. B. in einem Verfahren eines Markeninhabers gegen einen Betreiber einer Internetplattform ausgeführt, dass der Markeninhaber ein Handeln „im geschäftlichen Verkehr“ (welches im Markenrecht weitgehend dem Begriff des gewerbsmäßigen Ausmaßes entspricht) von derjenigen Personen darlegen und gegebenenfalls beweisen muss, die gefälschte Markenprodukte auf der Internet-Plattform anbieten. Hat der Markeninhaber einen Sachverhalt dargelegt und bewiesen, der ein Handeln im geschäftlichen Verkehr nahelegt, kann der Betreiber der Internet-Plattform nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast seinerseits gehalten sein, zum Handeln der Anbieter substantiiert vorzutragen, wenn er ein Handeln im geschäftlichen Verkehr in Abrede stellen will (BGH GRUR 2008, 708).

6.5. If under your law commercial scale is not a precondition for ordering the measures concerned, has its absence lead to abuses, in certain areas, by right holders? If yes, which areas are affected?

*Antwort: Auch soweit das Merkmal des „gewerbsmäßigen Ausmaßes“ keine Voraussetzung für die Anordnung von Maßnahmen ist, bestehen Möglichkeiten, einem Missbrauch wirksam zu begegnen. Dies ist für jeden Einzelfall gesondert zu entscheiden.*

## 7. Damages

7.1. Do you see a deficiency in the practice of awarding damages, i.e. in compensating the rightholder for damages suffered (including moral prejudice and lost profits)? If yes, is this deficiency due to the current wording of the Enforcement Directive? Would it help this deficiency if recovery of unjust enrichment was to be ordered as an objective sanction (i.e. not depending on the culpability of the infringer), or should unjust enrichment of the infringer and other economical consequences play a greater role in calculating damages?

*Antwort:*

*a) Nach allgemeinen Grundsätzen dient das Schadensersatzrecht dem Ausgleich konkret erlittener Vermögenseinbußen. Nach dem Bericht der Kommission soll mit dem Schadensersatzrecht auch eine abschreckende Wirkung erzielt werden. Aus allgemein schadensersatzrechtlicher Sicht begegnen diese Erwägungen daher Bedenken, weil Präventivwirkungen nicht mit den Mitteln des Schadensersatzes erzielt werden sollen. Deutschland lehnt deshalb eine etwaige Einführung eines Strafschadensersatzes ab.*

*Zwar gibt es auch im deutschen Recht Fallgestaltungen, in denen im Ergebnis eine Zahlung in Höhe einer doppelten Lizenzgebühr zu leisten ist. Hierbei handelt es sich aber um Sonderfälle, die rechtsdogmatisch keinen Strafschadenersatz darstellen: So gewährt die Rechtsprechung zugunsten der deutschen Verwertungsgesellschaft GEMA im Falle einer ungenehmigten öffentlichen Wiedergabe einen „pauschalen Zuschlag“ in Höhe von 100% des normalen Tarifs (vgl. BGH NJW 1987, 1405, 1407f – Filmmusik). Diese Rechtsprechung trägt der besonderen Interessenlage im Bereich der ungenehmigten öffentlichen Musikwiedergabe Rechnung und ist auf andere Rechtsverletzungen grundsätzlich nicht anwendbar. Es handelt sich hier zudem nicht im eigentlichen Sinne um eine „doppelte Lizenz“. Vielmehr soll mit dem „Kontrollzuschlag“ der zur Rechtsdurchsetzung erforderliche Kontroll- und Überwachungsaufwand abgegolten werden. Auch bei fehlender*

Urheberbenennung wird von der Rechtsprechung teilweise bei Fotografien für die eigentliche materielle Urheberrechtsverletzung eine angemessene („einfache“) Lizenzgebühr sowie für die Verletzung des Urheberpersönlichkeitsrechts ein 100 % Aufschlag dieser Gebühr zuerkannt. Es handelt dabei um zwei Rechtsverletzungen, für die Schadenersatz zugebilligt wird.

b) Es bestehen keine Defizite im Bereich des Schadenersatzrechts. Artikel 13 der Durchsetzungsrichtlinie in der derzeitigen Fassung stellt einen angemessenen Ausgleich der betroffenen Interessen dar. Deutschland hat diese Vorgaben umgesetzt. Das deutsche Recht sieht in Fällen der fahrlässigen oder vorsätzlichen Rechtsverletzung einen Schadenersatzanspruch des Verletzten vor, für den nunmehr drei alternative Möglichkeiten der Schadensberechnung zur Verfügung stehen (1. Ersatz des tatsächlich erlittenen Schadens, einschließlich des entgangenen Gewinns, 2. Herausgabe des Verletzergewinns, 3. Berechnung auf Grundlage einer angemessenen Lizenzgebühr). Die Wahl der jeweiligen Berechnungsmethode steht dem Verletzten zu. Die drei Schadensberechnungsmethoden können nach deutschem Recht nicht additiv, sondern allenfalls nebeneinander hilfsweise geltend gemacht werden (vgl. z. B. Ingerl/Rohnke, Markengesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2010, vor §§ 14 bis 19 Rnr. 230). Die Einführung etwaiger Regelungen, die zu einer additiven Anwendung der Berechnungsmethoden führen würden, wird abgelehnt. Einem pauschalen Zuschlag (wie in den in Ziffer a) genannten Fällen) steht die gegenwärtige Rechtslage nicht entgegen.

c) Der in Artikel 13 der Durchsetzungsrichtlinie erwähnte Ersatz eines immateriellen Schadens ist in den deutschen Gesetzen zum Schutz des geistigen Eigentums nur im Urheberrecht (§. 97 Absatz 2 Urheberrechtsgesetz) vorgesehen. Darüber hinaus kann eine Geldentschädigung für immaterielle Schäden zugesprochen werden, wenn die Verletzung des gewerblichen Schutzrechts zugleich auch andere Rechtsgüter verletzt, z. B. das allgemeine Persönlichkeitsrecht. (vgl. BT-Drs. 16/5048, Seite 33). Dies dürfte ausreichend sein, da auch Artikel 13 den Ersatz für immaterielle Schäden nur für geeignete Fälle vorsieht. Bei Verletzung anderer geistiger Eigentumsrechte sind keine immateriellen Schäden denkbar, zumal so genannte Imageschäden über den materiellen Schaden erfasst werden können (vgl. BT-Drs. a. a. O.).

d) Die Einführung verschuldensunabhängiger Ansprüche auf Ersatz des Verletzergewinns (etwa aus den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung) wird abgelehnt. Im deutschen Recht wird die Herausgabe des Verletzergewinns bereits im Rahmen des Schadensanspruchs durch eine der drei Methoden der Berechnung des Schadenersatzes

(Verletzererwerb) erfasst. Hierdurch ist den Interessen der Rechtsinhaber ausreichend Rechnung getragen. Es ist nicht erforderlich, daneben einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf Herausgabe des Verletzererwerbs einzuführen. Zwar kennt das deutsche Recht verschuldensunabhängige Ansprüche nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung. Der Bereicherungsanspruch richtet sich jedoch nicht auf die Herausgabe des gesamten Verletzererwerbs, sondern ist auf die Zahlung einer angemessenen Lizenz begrenzt (BGH GRUR 1987, 520, Nr. 38 ff; BGH GRUR 2008, 258 ff, Nr. 41). Die Einführung eines Anspruchs auf Ersatz des Verletzererwerbs aus Bereicherungsrecht in der Durchsetzungsrichtlinie würde der Rechtslage in Deutschland widersprechen. Auch käme eine zusätzliche Anwendung von Bereicherungsansprüchen zur Herausgabe des Verletzererwerbs oder zu anderen Methoden der Schadensberechnung im Sinne einer kumulativen Erstattung im deutschen Recht wegen des oben beschriebenen Alternativitätsverhältnisses der Schadensberechnungsmethoden nicht in Betracht und ist daher abzulehnen. Eine Kumulation würde im Ergebnis zu einer nicht gerechtfertigten „Überkompensation“ des Geschädigten führen. Dies würde den Grundsätzen sowohl des Bereicherungs- als auch des Schadenersatzrechts widersprechen.

**7.2. In your judicial practice, what is the relationship between unjust enrichment and lost profits (i.e. royalties or license fees that would have been due in a contractual relationship)?**

**Antwort:** Ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung besteht nach deutschem Recht dann, wenn der Anspruchsgegner auf Kosten des Anspruchsinhabers einen vermögenswerten Vorteil erlangt hat, für den ein Rechtsgrund nicht bestand oder nachträglich entfallen ist. Auf ein Verschulden kommt es hierbei nicht an. Der Anspruch auf Schadenersatz setzt demgegenüber eine schuldhaftige Rechtsverletzung voraus, aufgrund derer der Geschädigte einen Schaden erlitten hat.

Der entgangene Gewinn ("Lost profit") ist ein Bestandteil des Schadens. Für einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung reicht es demgegenüber nicht aus, dass dem Verletzten etwas entgangen ist, sondern der Verletzer muss auch bereichert sein. Er muss auf Kosten des Verletzten „etwas erlangt“ haben (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB) (vgl. auch obige Antwort unter Buchstabe d) zu Frage 7.1).

**7.3. What is the legal situation under your law relating to the liability of legal persons (and the managers thereof for the acts carried out by the legal person)? Is there any IP-specific problem in this respect that could be tackled in the Enforcement Directive?**

**Antwort:** Nach dem deutschen Recht haftet ein Organmitglied einer juristischen Person für Verbindlichkeiten der juristischen Person, die er als Vertreter für diese begründet, grundsätzlich nicht. Einen Haftungsdurchgriff auf die Organe der juristischen Person; wenn die Haftungsmasse der juristischen Person zur Befriedigung nicht ausreicht, sieht das Gesetz grundsätzlich nicht vor. Hiervon abweichend bestehen jedoch zahlreiche Möglichkeiten, Organe unmittelbar in Anspruch zu nehmen, z. B. über eine persönliche deliktische Haftung (§ 823 Absatz 2 BGB i. V. m. Schutzgesetzen, § 826 BGB) oder im Falle des Rechtsformmissbrauchs, wenn eine mittellose GmbH etwa gezielt als Schutzschild verwendet wird, um Urheberrechtsverletzungen zu begehen etc. Dieses Haftungssystem trägt den Belangen der Beteiligten hinreichend Rechnung. Es besteht daher keine Veranlassung, diese Haftung in der Durchsetzungsrichtlinie zu regeln.

Die Einführung systemwidriger Maßnahmen wird abgelehnt. Abzulehnen wären insbesondere etwaige Erwägungen, immer schon dann einen Haftungsdurchgriff auf die Organe zuzulassen, wenn die Haftungsmasse der juristischen Person zur Befriedigung der Gläubiger nicht ausreicht. Dies wäre mit dem deutschen Recht nicht zu vereinbaren.

## **8. Corrective measures**

**8.1. In your judicial practice, what is the difference between "recall" and "definitive removal" from the channels of commerce? Is the fact that the infringer is no longer in possession of the infringing goods a factor in deciding which measure to apply?**

**Antwort:** Der Anspruch auf „Rückruf“ und „endgültige Entfernung“ wurde in Deutschland in den Gesetzen zum Schutz des geistigen Eigentums umgesetzt (z. B. § 98 Absatz 2 Urheberrechtsgesetz, § 18 Markengesetz). Aus Sicht der Literatur bestehen Unklarheiten, wie die beiden Begriffe voneinander abzugrenzen sind (vgl. z. B. Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 3. Auflage, § 18 Rnr. 48). Teilweise wird die Ansicht vertreten, dass im Falle des Rückrufs der Anspruch auf eine Handlung des Verletzers gerichtet ist (z.B. eine Aufforderung an den derzeitigen Besitzer/Eigentümer, die Ware herauszugeben), im Falle der „endgültigen Entfernung“ hingegen ein Erfolg geschuldet sei. Andere Stimmen in der Literatur vertreten die Auffassung, dass der Anspruch auf Entfernung neben dem Rückruf keine eigenständige Bedeutung habe. Im Übrigen liegen hier keine Erkenntnisse darüber vor, dass sich die Rechtsprechung bislang mit der angesprochenen Frage eingehend zu befassen gehabt hätte.

Bei der Umsetzung von Artikel 10 Absatz 1 Buchstaben a) und b) der Durchsetzungsrichtlinie wurde es nicht für erforderlich gehalten, die Regelung des Rückrufs- bzw. Entfernungsanspruchs durch eine Klarstellung so zu ergänzen, dass der Anspruch ausgeschlossen ist, wenn eine tatsächliche oder rechtliche Einflussmöglichkeit des Verletzers nicht mehr gegeben ist. Denn bereits aus allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen ergibt sich, dass ein Anspruch auf etwas rechtlich oder tatsächlich Unmögliches ins Leere gehen muss. Der Rechtsverletzer kann dem Anspruch auf Rückruf oder Entfernung aus den Vertriebswegen deshalb auch ohne ausdrückliche Regelung den Einwand mangelnder Verfügungsgewalt entgegenhalten (vgl. auch BT-Drs 16/5048, S. 62).

### **8.2. Is there a need to clarify in the Directive the relationship between corrective and provisional measures?**

*Antwort:* Ein solches Klarstellungsbedürfnis besteht aus deutscher Sicht nicht. Bei Abhilfemaßnahmen (corrective measures) handelt es sich nach hiesigem Verständnis in der Regel (insbesondere im Hinblick auf die Vernichtung rechtsverletzender Waren) um endgültige, aufgrund einer Entscheidung in einem Verfahren zur Hauptsache ergangene Maßnahmen und bei einstweiligeren Maßnahmen um solche Maßnahmen, die der vorläufigen Sicherung des Anspruchs des Verletzten dienen.

### **8.3. Does it happen frequently that the infringer is not able to pay the costs of the destruction and that those therefore have to be borne by the State? Would you consider it justified to impose the costs for the destruction of counterfeit goods on the State where the destruction is in the public interest (in particular because these goods pose a risk to consumers' health and safety)?**

*Antwort:* Es liegen keine Erkenntnisse darüber vor, ob der Verletzer häufig nicht in der Lage ist, die Kosten für die Vernichtung zu zahlen. In jedem Fall sind die Kosten dem Verletzer und nicht dem Staat aufzulegen. Insbesondere wird z. B. eine Kostentragungspflicht der Zollbehörden im Hinblick auf die Vernichtung von rechtsverletzender Ware abgelehnt. Auch sofern von den gefälschten Gütern eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgeht, sind in Deutschland die Kosten für die Beseitigung im Grundsatz von dem Verletzer zu tragen. Erfolgt die Sicherstellung auf Grundlage einer Norm außerhalb des gewerblichen Rechtsschutzes, richtet sich die Kostentragungspflicht nach den jeweiligen Spezialregelungen.

**8.4. Would it improve the situation if the Directive clarified that courts are entitled to impose the costs of destruction of the infringing goods directly on the infringer once the infringement is established?**

*Antwort: Eine Klarstellung, dass die Gerichte die Möglichkeit haben sollen, Kosten der Vernichtung unmittelbar (directly) dem Verletzer aufzuerlegen, ist abzulehnen.*

*Sofern der Verletzer Partei des Gerichtsverfahrens war, in dem die Vernichtung angeordnet wurde, kann der Verletzte die Kosten der Vernichtung nach Durchführung der Zwangsvollstreckung als Teil der Kosten der Zwangsvollstreckung gegenüber dem Verletzer aufgrund eines entsprechenden Antrags im Kostenfestsetzungsverfahren geltend machen. Eines gesonderten Zivilprozesses des Verletzten gegen den Verletzer mit dem Ziel der Erstattung der Vernichtungskosten bedarf es in diesem Fall nicht.*

*Ist der Verletzer jedoch nicht an dem Gerichtsverfahren beteiligt, weil die Klage vom Verletzten ausschließlich gegen eine Mittelsperson (intermediary) und nicht auch gegen den Verletzer gerichtet war, besteht nach deutschem Recht keine Möglichkeit, in diesem Verfahren Kosten zu Lasten des nicht beteiligten Verletzers aufzuerlegen. Unterlegene Partei des Verfahrens, die auch die Kostentragungspflicht trifft, ist hier die Mittelsperson. Die Gerichte können einem Dritten, der nicht am Rechtsstreit beteiligt ist, keine Kosten auferlegen. Eine solche Regelung widerspräche den in Deutschland geltenden zivilprozessualen Grundsätzen. Es bleibt der Mittelsperson unbenommen, diese Kosten gegenüber dem Verletzer gegebenenfalls in einem gesonderten Verfahren geltend zu machen.*

**8.5. Do you see a need to harmonise aspects of secondary use (e.g. for charity purposes) of infringing goods in the Enforcement Directive?**

*Antwort: Die Frage wird dahingehend verstanden, ob rechtsverletzende Güter, die nach Maßgabe des Artikels 10 der Durchsetzungsrichtlinie vernichtet werden müssten, für gemeinnützige Zwecke verwendet, recycelt oder nach Beseitigung des rechtsverletzenden Zeichens auf der Ware weiterhin verwendet werden sollen (vgl. hierzu Ziffer 2.6.3 auf Seite 20 des Commission Staff Working Document Nr. 5140/11, COM (2010) 779 final). Dies kann grundsätzlich nicht befürwortet werden, weil die Verbreitung rechtsverletzender Produkte mit dem Schutzgedanken des geistigen Eigentums nicht in Einklang zu bringen ist. Das deutsche Recht geht grundsätzlich von einem Anspruch auf Vernichtung, Rückruf oder endgültiger Entfernung aus den Vertriebswegen aus. Lediglich in seltenen Einzelfällen kann*



das Verhältnismäßigkeitsprinzip eine Weiterverwendung nach Beseitigung der Rechtsverletzung (z.B. Entfernen der rechtsverletzenden Markenkennzeichnung) ergeben. Hierzu sollte jedoch keine gesonderte Regelung erfolgen.

## **9. Other issues**

**9.1. If you have not implemented one or more optional provisions of the Enforcement Directive, what were the reasons for that?**

*Antwort: Die gemäß Artikel 12 der Durchsetzungsrichtlinie vorgesehenen Ersatzmaßnahmen existierten bereits vor der Umsetzung der Richtlinie in deutsches Recht für die Bereiche der Urheberrechte (jetzt § 100 Urheberrechtsgesetz) und der Geschmacksmuster (§ 45 Geschmacksmustergesetz). Diese wurden beibehalten. Ein (weitergehender) Umsetzungsbedarf bestand angesichts des fakultativen Charakters des Artikels 12 der Durchsetzungsrichtlinie nicht (vgl. BT-Drs. 16/5048, Seite 32).*

**9.2. What are the main problems of cross-border IP enforcement arising from the current rules on jurisdiction (especially Regulation 44/2001/EC, also known as Brussels I Regulation)?**

*Antwort: Hierzu liegen keine Erkenntnisse vor. Im Übrigen wären derartige zivilprozessuale Fragen nicht im Rahmen der Durchsetzungsrichtlinie zu diskutieren.*

**9.3. What specific problems have you encountered in collecting evidence in cross-border cases?**

*Antwort: Es liegen keine Erkenntnisse vor (vgl. auch Antwort zu Frage 9.2).*

**9.4. Are you aware of any codes of conduct that have been signed either between different parties from the private sector or between parties from the private sector and the public sector? If yes, what was the form and subject of these codes?**

*Antwort: In Deutschland erörtern Vertreter von Rechtsinhabern und Internet-Service-Providern im Rahmen eines sogenannten „Wirtschaftsdialogs für mehr Kooperation bei der Bekämpfung von Urheberrechtsverletzungen im Internet“ mit Vertretern der Bundesregierung etwaige gemeinsame Maßnahmen.*

**9.5. What are the main risks for consumers under the current rules of the Directive? Would it affect consumers adversely if certain rights of the rightholders were to be reinforced (in particular the right to information, the rules on collecting evidence etc.)?**

*Antwort: Der deutsche Gesetzgeber hat die Vorgaben der Richtlinie umgesetzt. Diese Regelungen stellen nach hiesiger Meinung einen angemessenen Ausgleich der betroffenen Interessen her.*

*Eine Stärkung der Rechtsposition des Rechtsinhabers darf insbesondere nicht dazu führen, dass berechnigte Belange der Verbraucher, wie z. B. der Schutz der Privatsphäre und der Datenschutz sowie die Informationsfreiheit, ausgehöhlt werden.*

*Ferner wird zu beachten sein, dass Verbraucher und insbesondere Familien mit Kindern nicht in unverhältnismäßiger Weise wegen illegaler Downloads bzw. illegalem Anbieten von Musik mit überzogenen Forderungen konfrontiert werden. Auf der anderen Seite müssen aber auch die Interessen der Rechtsinhaber berücksichtigt werden. Denn hätten diese keine Möglichkeit, ihre Rechte durchzusetzen, würde das Urheberrecht wertlos. Der angemessene Ausgleich dieser Interessen muss auch weiterhin genau im Blick behalten werden.*

**9.6. Is there anything else that should be addressed in the review of the Enforcement Directive?**

*Antwort: Nein.*

Versendet am: 11. April 2011