

Deharmonisierungseffekte der Intellectual Property Enforcement Richtlinie

Georg Jakob*

Februar 2004

Zusammenfassung

Die rechtliche Regelung von Immaterialgüterrechten hat immens an wirtschaftlicher Bedeutung gewonnen, speziell für europäische Klein- und Mittelbetriebe (KMUs). Der Entschluss der EU, diese Rechtsgebiete zu harmonisieren und zu klarer zu gestalten ist daher grundsätzlich zu befürworten. Andererseits sind die dabei betroffenen Rechtsgebiete äußerst komplex. Es ist zwar relativ einfach, eine gemeinsame kontinentaleuropäische Tradition des besonderen Schutzes von Urheberrechten zu identifizieren, die sich in wichtigen Punkten grundlegend vom anglo-amerikanischen Copyright-System unterscheidet. Allerdings existieren zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten der Union häufig wichtige Detailunterschiede, die weniger spezielle gesetzliche Regelungen, als vielmehr das generelle Verständnis abstrakter Konzepte betreffen. Diese Unterschiede im Vorhinein zu kennen und zu berücksichtigen ist essentiell für den Harmonisierungsprozess. Denn ansonsten könnte der Versuch, Konzepte einiger weniger Mitgliedstaaten auf die gesamte Union zu übertragen, in einer Richtlinie resultieren, die sich für eine große Zahl an Mitgliedsländern als unimplementierbar erweist.

1 Unbestimmter Anwendungsbereich

1.1 Geistiges Eigentum

Würde man drei Juristen aus unterschiedlichen Teilen Europas an einen Tisch bringen, so würde sich der Versuch, von ihnen eine gemeinsame Definition sowohl des Begriffs „Geistiges Eigentum“ (Intellectual Property) als auch „Gewerbliche Schutzrechte“ (Industrial Property) zu erhalten, vermutlich sehr schnell als aussichtslos herausstellen, insbesondere wenn es darum ginge, welche Rechtsgebiete nun konkret von diesen Begriffen abgedeckt sein sollen. Denn schon hinsichtlich des Konzepts von Eigentum im allgemeinen bestehen wesentliche Unterschiede zwischen englischem Common Law und kontinentaleuropäischem Recht¹. Und obwohl der Begriff Geistiges Eigentum von einigen Interessengruppen in letzter Zeit massiv forciert wird, kommt er in kaum einem Gesetzestext tatsächlich vor. Wo er überlebt hat, so hauptsächlich aus historischen Gründen. Einer der führenden deutschen Gelehrten bezeichnet ihn als *rechtstheoretische Verirrung* aus *der Mottenkiste der Rechtsgeschichte*, der *die tatsächliche Rechtslage nur verdunkelt*² - nicht oft finden Juristen so klare Worte. Und selbst in Rechtssystemen wo scheinbar ähnliche Begriffe Verwendung finden, etwa Propriété Artistiq in Frankreich, bestehen in einigen Punkten fundamentale Unterschiede.

Das Konzept Geistigen Eigentums ist unter anderem deshalb so problematisch, weil der europäische Ansatz auf dem Vorhandensein klar unterschiedener und besonders in ihren Rechtsfolgen exakt definierter

* Georg Jakob arbeitet zur Zeit an eine vom österreichischem Bundesministerium für Wissenschaft finanziertem Forschungsprojekt mit dem Titel *Aktuelle Entwicklungen der Immaterialgüterrechte in Europa* an der Paris-Lodron Universität Salzburg und unterrichtet Internetrecht an der Università degli Studi di Mailano - Bicocca. Er ist außerdem Vorsitzender des österreichischen Vereins zur Förderung Freier Software (FFS), einer assoziierten Organisation der Free Software Foundation Europe.

¹ *Maurizio Lupoi*, *The Origins of the European Legal Order*, Cambridge (2000), S 472 f.

² *Manfred Rehbinder*, *Urheberrecht*, 12. Auflage, München (2002), Rz 79, S 52 f.

Immaterialgüterrechte aufbaut. Dies führte für Kontinentaleuropa zu einer sehr hohen Rechtssicherheit und klaren Vorhersehbarkeit richterlicher Entscheidungen. In den Vereinigten Staaten, wo solch deutliche gesetzliche Regelungen in zentralen Punkten fehlen, besteht dagegen eine relativ große Unsicherheit, die von immer mehr Unternehmen, die ihr gesamtes Geschäftskonzept einzig auf dubiosen Klagsdrohungen aufbauen, entsprechend ausgebeutet wird. Die sichere Unterscheidbarkeit klar abgegrenzter Immaterialgüterrechte schleichend durch die diffuse und umstrittene Begrifflichkeit des Geistigen Eigentums zu verwässern scheint daher ein ungeeigneter Weg, um die bestehende Rechtssicherheit zu erhalten. Daher wäre zu erwägen, eine entsprechende Korrektur der Terminologie vorzunehmen und stattdessen „*Bestimmte Immaterialgüterrechte*“, die dann in der Richtlinie auch klar zu benennen wären, zu verwenden.

1.2 Gewerbliche Schutzrechte (Industrial Property)

Der einzige Punkt, in dem unsere drei Juristen *möglicherweise* zu einer Übereinstimmung kommen könnten, wäre der, dass der Gewerbliche Rechtsschutz den Begriff Geistiges Eigentum abzüglich Urheberrecht umfasse. Doch dann wird sich ihr Streitgespräch sogleich fortsetzen und uns mit der ungelösten Frage zurücklassen, welche der folgenden Materien der Terminus Gewerblicher Rechtsschutz nun im einzelnen umfasse, je nachdem woher der jeweilige Jurist kommt:

- Patentrecht
- Gebrauchs- und Geschmacksmusterrecht
- Markenrecht
- Wettbewerbsrecht (vollständig oder in Teilen)
- Kartellrecht
- Geschäftsgeheimnisse, Know-How und so gut wie alles, das Gegenstand eines Franchise-Vertrags sein kann
- Vertrauliche Informationen

Nur einige Beispiele: Nach in Deutschland herrschender Auffassung beinhalten Gewerbliche Schutzrechte neben dem Patentrecht, dem Gebrauchs- und Geschmacksmusterrecht sowie dem Markenrecht auch das gesamte Wettbewerbsrecht und zwar von der allgemeinen Irreführung über unfaire Preisnachlässe bis hin zur Produktimitation³. In Italien scheint nach dominierender Sicht nur Patent-, Marken- und Musterrecht eingeschlossen zu sein, obwohl auch einige weitergehende Definitionen vertreten werden. In England sind zusätzlich sowohl Geschäftsgeheimnisse als auch Know-How und vertrauliche Informationen ganz allgemein umfasst. Im Ergebnis (und dies nur für den Fall, dass die Mitgliedsländer die einzubeziehender Rechtsgebiete klarer umreißen, als dies der Richtlinien-Entwurf tut, sollten die Begriffe Geistiges Eigentum/Gewerbliche Schutzrechte in die Umsetzungen übernommen werden, so wird sich dies erst im Laufe der Jahre durch Gerichtsentscheide herauszustellen haben) könnten dadurch in einigen Mitgliedsländern z.B. unlauterer Wettbewerb oder Markenrechtsverletzungen unter die Richtlinie fallen, in anderen dagegen nicht. Mit einer derartig umgesetzten Richtlinie würde organisierten Produktfälschern genau das ermöglicht, was eigentlich verhindert werden soll, nämlich strategisch zu entscheiden, von wo aus sie ihre Aktivitäten durchführen, um je nach ihrer „Spezialisierung“ nicht Hausdurchsuchungen, Beschlagnahmen oder der Sperre von Bankkonten ausgesetzt zu sein.

³Heinrich Hubmann/Horst-Peter Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, 7. Auflage, München (2002), S 1, Rz 1.

1.3 Gewerblicher Umfang (Commercial Scale)

Das organisierte Verbrechen in Form professioneller Rechteverletzer ist das vorgebliche Ziel dieser Richtlinie. Allerdings lässt sich auch ein gewisses Interesse feststellen, die Nutzer so genannter p2p-Dienste wie Kazaa einzuschüchtern und für den unbezahlten Download von Musik, Filmen oder Software zu „bestrafen“. Der Ansatz, über drastische Ermittlungsmethoden potentielle Täter abzuschrecken, ist an sich schon fragwürdig genug, doch das noch größere Problem dabei ist, dass die Frage der p2p-Dienste nicht offen angegangen wird, sondern extrem niedrige Voraussetzungen für die Anwendung der in der Richtlinie festgelegten Maßnahmen festgelegt werden. Zu den besorgniserregendsten Punkten gehört das nahezu vollständige Fehlen einer brauchbaren Definition des gewerblichen Umfangs⁴. Der einzige Hinweis findet sich in Erwägung 13a - und Erwägungen finden so gut wie nie einen Weg in nationale Umsetzungen.

The measures provided for in Articles 7(2), 9(1) and 10(1a) of this Directive need to be applied only in respect of acts committed on a commercial scale. The acts which are committed on a commercial scale are those carried out for direct or indirect economic or commercial advantage; this would normally exclude acts done by end consumers acting in good faith.

Nach dieser Formulierung sind die Artikel 7(2), (9)(1) und 10(1a) offenbar in *allen* Fällen gewerblicher Rechteverletzung die geplante Standardvorgehensweise. Zudem wird auch jede Rechteverletzung, die zu irgendeinem direktem oder indirektem wirtschaftlichem Vorteil führt, diesen Maßnahmen unterworfen. Es *könnte* dabei *sein*, so möchte man hoffen, dass die Handlungen gutgläubiger Endverbraucher von der Anwendung wenigstens dieser Maßnahmen ausgeschlossen wären, allerdings tut die Richtlinie nichts, um dies auch tatsächlich sicherzustellen. Noch gravierender wird dieses Problem, wenn man bedenkt, dass die Frage des Vorsatzes üblicherweise *erst nach Vorliegen eines Urteils beantwortet ist*, diese Maßnahmen jedoch *bereits vor dem Beginn jedweden Verfahrens zu verhängen sind*.

Dieses Problem könnte durch folgende Umformulierung zumindest entschärft werden:

The acts which are committed on a commercial scale are those carried out for direct or indirect commercial advantage; this excludes acts done by end consumers acting in good faith.

Zudem sollte eine derart wichtige Anwendungsvoraussetzung nicht in den Erwägungsgründen versteckt werden, sondern Eingang in den normativen Körper der Richtlinie finden. Zu den Erwägungen könnte dann eine zusätzliche Erläuterung treten, die festlegt, dass derartige Maßnahmen nur in Ausnahmefällen anzuwenden sind und keinesfalls zur Standardprozedur in zivilrechtlichen Auseinandersetzungen werden dürfen.

2 Eine versteckte Strafrechtsreform?

Es sei hier sehr deutlich festgehalten, dass die wichtigsten der in der Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen, insbesondere Hausdurchsuchungen, Beschlagnahmen, das Einfrieren von Bankkonten sowie die Auskunftrechte, die in den Art. 7, 8, 9 und 11 festgelegt werden, für *die überwiegende Mehrheit der Mitgliedstaaten ihren ausschließlichen Platz im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren haben und dem Zivilrecht völlig fremd sind*⁵. Es ist abzusehen, dass sich diese Vermischung von Zivil- und Strafrecht als extrem schwer zu implementieren erweisen wird, da solche Ermittlungsverfahren in den betreffenden Mitgliedstaaten ausschließlich von den zuständigen Ermittlungsbehörden, also der Staatsanwaltschaft anzuordnen

⁴Ähnlich in ihrer Kritik *Robin D. Gross*, Protecting Civil Liberties, Competition and Innovation in the EU Intellectual Property Rights Enforcement Directive, 11. Februar 2004, erhältlich unter <http://www.ipjustice.org/CODE/021104strasbourg.html>

⁵Vgl. etwa *Martin Parschalk*, Provider-Haftung für Urheberrechtsverletzungen Dritter, in: *ecolex* 1999, S 748 ff; zur Zulässigkeit von Erhebungen im Kontext digitaler Netze *Wolfgang Wessely*, Sicherheitspolizeiliche und strafprozessuale Erhebungen im Internet, in: *ÖJZ* 1996, S 612.

sind. Speziell Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen bedürfen zudem im Voraus der Genehmigung durch einen unabhängigen Richter, die nur in besonderen Fällen wie Gefahr im Verzug auch nachträglich (dann aber unverzüglich) erfolgen kann. Hier sei auch angemerkt, dass selbst der Ausdruck „*judicial authorities*“ für manche Mitgliedstaaten nur eine weitere Zweideutigkeit darstellt, umfasst er doch etwa in Italien Staatsanwälte *und* Richter. Doch den problematischste Aspekt stellt wiederum die extrem niedrige Schranke dar, die die Richtlinie der Anwendbarkeit der Maßnahmen setzt:

- *on application by a party who presents reasonably available evidence to support his claims*
- *that his intellectual property right has been infringed or is about to be infringed*
- *even without the other party being heard*

Diese vagen Formulierungen könnten nun im Ergebnis dazu führen, dass Durchsuchungen, Beschlagnahmen und andere Maßnahmen *auf den bloßen Verdacht einer Rechtsverletzung hin* angeordnet und für mindestens ein Monat aufrecht erhalten werden. Selbstverständlich ist es das Ziel der Richtlinie nur einen Mindeststandard festzulegen, allerdings sollte die Latte dann doch nicht derart niedrig angesetzt werden, wenn es um so grundlegende Verfahrensrechte wie jene des Art. 6 EMRK geht. Eine nicht unerhebliche Zahl von Mitgliedstaaten setzt Richtlinien üblicherweise um, indem der normative Körper, d.h. die Artikel ohne die zugehörigen Erwägungen, das am passendsten scheinende Gesetz kopiert werden, wobei ggf. bestimmte Formulierungen angepasst werden (oder auch nicht). Berücksichtigt man dabei, dass Immaterialgüterrechte generell eine komplexe Materie darstellen und dass speziell in der Vermischung von Strafrecht und Zivilrecht kaum Erfahrung besteht, so ist anzunehmen, dass die Umsetzung der Richtlinie in vielen Mitgliedstaaten unvorhersehbare Folgen nach sich ziehen wird. Und selbst wenn es noch gelingen sollte, dieses Risiko auszubalancieren, bleibt die wohl kaum beherrschbare Gefahr, mit dieser Richtlinie der missbräuchlichen Verwendung von Maßnahmen des Ermittlungs- und Strafverfahrens in simplen privat- und vertragsrechtlichen Meinungsverschiedenheiten Tür und Tor zu öffnen, was insbesondere durch den Art. 5 (*[...] all other persons authorised to use those rights, in particular licensees, in so far as permitted by and in accordance with the provisions of the applicable law [...]*) ermöglicht wird.

Im übrigen sind diese Maßnahmen, die auch unter dem Namen Anton Pillar order bzw. Mareva injunction firmieren, nur in wenigen Ländern und zudem fast ausschließlich außerhalb Europas bekannt, namentlich etwa in Australien, Israel, Trinidad und Tobago, wo sie zudem regelmäßig nicht etwa von Staatsorganen, sondern vom (angeblichen) Rechteinhaber selbst durchgeführt werden. Nur am Rande sei bemerkt, dass es etwas deplatziert erscheint, dass sich die US-Regierung offenbar bemüßigt fühlt, einen positiven Kommentar zu einer Richtlinie abzugeben, die schon aus verfassungsrechtlichen Gründen im amerikanischen Recht kaum Chancen hätte. Selbst in England, wo Erfahrung mit Maßnahmen besteht, die jenen der Art. 7-10 ähneln, zeigte sich das House of Lords besorgt und zwar insbesondere in Anbetracht der so niedrig angesetzten Anwendungsvoraussetzungen für die in der Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen. Für das restliche Europa lässt sich das Grundproblem in einem Satz zusammenfassen: *Diese Maßnahmen haben im Privatrecht nichts verloren, für das Strafrecht jedoch sind ihre Anwendungsvoraussetzungen viel zu niedrig.*

3 Potentieller wirtschaftlicher Schaden, speziell für KMUs

3.1 Das Problem der Deharmonisierung

Um Rückschlüsse auf die Effekte unterschiedlicher Umsetzungen auf den gemeinsamen Markt zu erkennen, bedarf es keineswegs der Spekulation, da bereits diesbezügliche Erfahrungen bestehen.

Betrachtet man beispielsweise den Art. 6, 1 der Richtlinie 2001/29/EU, so ist festzustellen, dass dieser in einigen Details unterschiedlich implementiert wurde. In Österreich legt § 90c des Urheberrechts-Gesetzes nun fest, dass der Inhaber eines Rechts sich gegen eine Umgehung technischer Schutzmaßnahmen dann

auf zivilrechtlichem Wege zur Wehr setzen kann, wenn diese Umgehung seine Rechte verletzt. Die Freien Werknutzungsrechte wie Kopien zum eigenen Gebrauch, Zitierrecht oder Nutzung zu Bildungszwecken sind nun nach herrschender Meinung *ex lege Lizenzen* - also Lizenzen, die direkt auf dem Gesetz, nicht auf der Zustimmung des Rechteinhabers basieren. Damit kann eine Umgehung, die zu dem Zweck erfolgt, eine solche Nutzung zu ermöglichen niemals die Position des Rechteinhabers verletzen. Weiters erfahren wir aus § 91, Abs. 1 UrhG, dass derjenige, der technische Schutzmaßnahmen lediglich zum Zwecke einer privaten Nutzung umgeht, nicht zu bestrafen ist. Ob nun in einem solchen Fall der Rechteinhaber gegen eine Umgehung auf zivilrechtlichem Weg vorgehen kann, scheint zwar unwahrscheinlich, wird aber aus dem Gesetzestext nicht vollständig klar, weshalb für eine endgültige Sicherheit die entsprechende Judikatur abzuwarten sein wird⁶.

Nach der deutschen Rechtslage ist es hingegen Sache des Konsumenten, gegen einen Rechteinhaber juristisch vorzugehen, der ihm die Freie Werknutzung durch technische Schutzmaßnahmen verunmöglicht; eine Selbsthilfe ist somit nicht zulässig. Um dieses Ungleichgewicht wenigstens etwas zu relativieren, kann diese Klage auch als Verbandsklage etwa von Konsumentenschutzorganisationen eingebracht werden. *Aber*: Für einen Contentanbieter, der auf dem europäischen Markt aktiv werden möchte ergeben sich nun mindestens zwei unterschiedliche Risikoszenarien, wenn er technische Schutzmaßnahmen einsetzt. Während er in Österreich gegen Konsumenten, die diese Schutzmechanismen umgehen, selbst vorgehen müssen, kann er in Deutschland abwarten, bis er von beeinträchtigten Konsumenten bzw. deren Interessensvertretung belangt wird. Zudem wurde vom deutschen BGH festgestellt, dass die Zahl zulässiger Kopien zum eigenen Gebrauch bei sieben Stück liege. Der österreichische OGH stellte demgegenüber ausdrücklich fest, dass eine solche generelle zahlenmäßige Beschränkung nicht notwendigerweise existiere. Würde nun etwa ein Musikverlag einen neuen Schutzmechanismus vorstellen, der eine Anzahl von maximal 10 Kopien ermöglicht, so hätte er in Deutschland nicht mehr damit zu rechnen, dass Konsumenten oder Verbände rechtlich gegen ihn vorgehen, während es in Österreich immer noch zulässig sein könnte, die Schutzvorrichtung zur Herstellung einer höheren Anzahl privater Kopien zu umgehen - was Grund genug für den Anbieter sein könnte, unterschiedliche Preisschemata für diese beiden Länder einzuführen. Damit liegt hier ein geradezu klassisches Beispiel für eine *Marktbarriere* vor.

Nun wurde in diesem Beispiel lediglich der Effekt einer einzigen Bestimmung von nur einer Richtlinie auf bloß zwei Mitgliedstaaten untersucht. Welche Unterschiede sich für das gesamte Europa aus den Unklarheiten und Mehrdeutigkeiten⁷ ergeben können, wie sie die IP-Enforcement Richtlinie noch immer enthält, ist eine Frage, zu deren Beantwortung legislative Experimente nicht unbedingt den besten Weg darstellen dürften.

3.2 Ein tödliches Arsenal gegen KMUs

Alle Unsicherheiten der IP-Enforcement Richtlinie lassen sich auf zumindest ein weiteres, möglicherweise ihre schwerwiegendstes Problem fokussieren. Große Unternehmen könnten damit nämlich ein willkommenes Werkzeug an die Hand bekommen, um die Konkurrenz kleiner, finanziell schwächerer, jedoch hochinnovativer KMUs aus dem Markt zu drängen. Patentstreitigkeiten sind nur ein Beispiel, in denen Fälle vorsätzlicher Verletzung äußerst selten sind. Es existieren schlicht und einfach zu viele Patente, sehr viele davon sind zudem sehr abstrakt in ihren Ansprüchen und es ist in vielen Bereichen faktisch unmöglich, sich auch nur einen Überblick über bereits bestehende Patentrechte zu verschaffen. Selbst das Europäische Patentamt sieht sich außer Stande, für die Patentrecherchen, die es auf Anfrage von Patentantragstellern durchführt, Verantwortung zu übernehmen. Außerdem gilt aufgrund der "Wer zuerst kommt, mahlt zuerst"-Systematik des Patentrechts selbst die unabhängige Neuerfindung als Patentverletzung. Zusätzlich verschärft werden diese Probleme dadurch, dass Art. 7 eine Interpretation zulässt, die zu einer Beweislastverschiebung auf der Basis bloßen Verdachtes zuungunsten eines angeblichen Verletzers führen würde.

⁶Vgl. dazu auch *Barbera Laimer/Clemens Thiele*, Die Privatkopie nach der Urheberrechtsgesetznovelle 2003, Dezember 2003, S 12 f, erhältlich unter <http://www.rechtsprobleme.at/doks/privatkopie-laimer-thiele.pdf>

⁷Zu einigen weiteren, sich insbesondere aus dem nicht ausreichend definiertem Anwendungsbereich ergebenden, Widersprüchen vgl auch *Axel Metzger*, Stellungnahme des Instituts für Rechtsfragen der Freien und Open Source Software (ifrOSS) zum Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie über die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte an geistigem Eigentum, Jänner 2002, S 2 f, erhältlich unter http://www.ifross.de/ifross_html/art38.pdf

Durch das Zusammenspiel des unbestimmten Anwendungsbereichs, der relativ drastischen Maßnahmen und der äußerst geringen Anforderungen an die Zulässigkeit ihrer Anordnung bei einer hinzukommenden äußerst problematischen Vermischung von zivil- und strafrechtlichen Elementen, würde es die Richtlinie in ihrer derzeitigen Fassung ermöglichen, dass ein Unternehmen ohne jede Intention, seine Anschuldigungen je vor Gericht zu erheben, einen schwächeren Konkurrenten durch diese Maßnahmen für mindestens ein Monat vollständig aus dem Markt katapultiert. Zwar mag sich im Nachhinein eine Schadenerstatzpflichtung für ein derart aggressives Vorgehen ergeben, doch wenn es sich bei dem Angreifer um einen starken Multi handelt, dem das zwar innovative Opfer wirtschaftlich unterlegen ist, so könnte sich das ganze dennoch als hervorragendes Geschäftskonzept herausstellen.

Und das ist die wohl größte Gefahr, die von der Richtlinie ausgeht: *Indem das organisierte Verbrechen und einfache p2p-user ins Ziel derselben Waffe genommen werden, könnten die KMUs jene sein, die am Ende am schwersten getroffen werden.*

4 Conclusio

Aus den dargestellten Gründen ist also abschließend zu konstatieren, dass auch die "Kompromiss-Version" vom 6. Februar 2004 des Vorschlags für eine Richtlinie über die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte an geistigem Eigentum⁸

- *unbestimmt in ihrem Anwendungsbereich und potentiell deharmonisierend ist,*
- *straf- und zivilprozessrechtliche Elemente auf gefährliche Weise vermischt und zwar mit unvorhersehbaren Konsequenzen,*
- *komplett versagt, zwischen schweren und minderen Verletzungen in angemessener Weise zu unterscheiden,*
- *Maßnahmen vorsieht, die europäischen Unternehmen, insbesondere KMUs, schwersten Schaden zufügen könnten.*

⁸Der ursprüngliche Vorschlag der Kommission ist unter http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/piracy/index.htm verfügbar; der Endbericht unter http://europa.eu.int/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=en&DosId=180910