

TECHNISCHE UNIVERSITÄT MÜNCHEN

Lehrstuhl für Wirtschaftsrecht und Geistiges Eigentum

Produktpiraterie in China

Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte
vs. wirtschaftliche Entwicklung

Barbara Grüneis

Vollständiger Abdruck der von der Fakultät für Wirtschaftswissenschaften der
Technischen Universität München zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Wirtschaftswissenschaften
genehmigten Dissertation.

Vorsitzender: Univ.-Prof. Dr. Martin Moog

Prüfer der Dissertation: 1. Univ.-Prof. Dr. Christoph Ann
2. Univ.-Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Horst Wildemann (i. R.)

Die Dissertation wurde am 8. November 2010 bei der Technischen Universität München
eingereicht und durch die Fakultät für Wirtschaftswissenschaften am 9. Februar 2011
angenommen.

Inhalt

| | |
|--|-----------|
| Inhalt | I |
| Einleitung | 1 |
| Gang der Arbeit | 3 |
| 1. Kapitel Produktpiraterie | 4 |
| A. Der Begriff Produktpiraterie | 4 |
| I. Entstehung des Begriffs | 4 |
| II. Warum „Piraterie“? | 5 |
| 1. Beeinträchtigung materiellen Eigentums | 6 |
| 2. Beeinträchtigung einer Monopolstellung | 6 |
| III. Diebstahl Geistigen Eigentums? | 7 |
| B. Definitionen des Begriffs Produktpiraterie | 8 |
| I. Begriffsverständnis in Deutschland | 8 |
| 1. Definitionen | 9 |
| 2. Elemente der Definitionen | 10 |
| II. Begriffsverständnis in anderen Ländern | 11 |
| III. Begriffsverständnis auf internationaler Ebene | 12 |
| IV. Keine einheitliche Definition des Begriffs Produktpiraterie | 13 |
| V. Beschränkung auf Produktimitationen..... | 14 |
| C. Produktimitationen | 14 |
| I. Der Begriff Produktimitation | 14 |
| II. Entwicklung der Imitation von Produkten | 16 |
| III. Ursachen für die Imitation von Produkten | 16 |
| IV. Imitierte Produkte | 18 |
| V. Herkunft und Vertrieb der Imitate | 20 |
| VI. Einflussfaktoren der Produktimitation..... | 21 |
| 1. Hochentwickelte Reproduktionstechniken | 21 |
| 2. Fortgeschrittene Informations- und Kommunikationstechnologien..... | 21 |
| 3. Globalisierter Handel..... | 23 |
| VII. Folgen der Produktimitation | 24 |
| 1. Für Unternehmen | 24 |
| 2. Für Volkswirtschaften..... | 26 |
| VIII. Länderübergreifende Anstrengungen zur Bekämpfung von Produktimitationen notwendig | 28 |
| D. Vorgehen gegen sämtliche Formen der Produktimitation? | 28 |
| I. Produktimitationen im Wettbewerb..... | 28 |
| 1. Freiheit zu innovatorischem und imitatorischem Wettbewerb | 29 |
| 2. Verhältnis von innovatorischem und imitatorischem Wettbewerb | 30 |

| | |
|---|-----------|
| II. Einschränkung der Freiheit zu imitatorischem Wettbewerb | 31 |
| 1. Auf nationaler Ebene..... | 32 |
| (a) Rechte des Geistigen Eigentums..... | 32 |
| (aa) Geschützte Leistungen..... | 32 |
| (bb) Schutz vor Produktimitation..... | 34 |
| (cc) Anreiz zu Inventionen..... | 36 |
| (dd) Beschränkung der Schutzdauer..... | 37 |
| (b) Ergänzender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz..... | 38 |
| (aa) Entwicklung | 39 |
| (bb) Grundsatz der Nachahmungsfreiheit | 40 |
| (cc) Schutzvoraussetzungen | 40 |
| (dd) Einzelfallbetrachtung | 42 |
| (ee) Rechtsunsicherheiten..... | 45 |
| (c) Ergänzender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz für einheitliches Vorgehen gegen Produktimitationen ungeeignet..... | 45 |
| 2. Auf internationaler Ebene..... | 46 |
| (a) Einheitliches Vorgehen gegen schutzrechtsverletzende Produktimitationen durch TRIPS-Abkommen möglich..... | 46 |
| (b) Ergänzender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz nicht harmonisiert... | 49 |
| E. Vorgehen gegen schutzrechtsverletzende Produktimitationen..... | 50 |
| I. Ausmaß schutzrechtsverletzender Produktimitationen | 50 |
| II. Vorgehen gegen sämtliche Formen schutzrechtsverletzender Produktimitation? | 51 |
| 1. Kriterien zur Differenzierung zwischen herkömmlicher Schutzrechtsverletzung und „Produktpiraterie“ | 52 |
| (a) Grad der Übereinstimmung von Nachahmung und Original..... | 52 |
| (b) Nachahmung einziger Zweck der Betätigung | 53 |
| (c) Vorsätzliches Handeln notwendig..... | 53 |
| 2. Keine Differenzierung erforderlich..... | 55 |
| III. Keine Notwendigkeit für den Begriff Produktpiraterie | 56 |
| 2. Kapitel Verletzung geistiger Eigentumsrechte in China | 58 |
| A. Entwicklung schutzrechtsverletzender Produktimitationen in China | 58 |
| B. Verstärkte Nutzung von Inventionen in wirtschaftlichen Entwicklungsphasen kein neues Phänomen | 61 |
| I. Länderbeispiele | 61 |
| 1. Deutschland | 61 |
| 2. Niederlande..... | 63 |
| 3. Schweiz | 63 |
| 4. USA..... | 64 |
| 5. Japan..... | 65 |
| II. Schutzzumfang Geistigen Eigentums von wirtschaftlichem Entwicklungsniveau eines Landes abhängig | 66 |
| C. Schutz Geistigen Eigentums in China | 68 |
| I. Materielles Recht..... | 68 |
| 1. Aufbau des immaterialgüterrechtlichen Systems..... | 68 |
| 2. Druck der USA | 70 |

| | | |
|-----------|---|------------|
| 3. | Beitritt zur WTO..... | 71 |
| 4. | Einhaltung der materiellen Mindestschutzstandards des TRIPS-Abkommens... | 72 |
| II. | Rechtsdurchsetzung..... | 74 |
| 1. | Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung..... | 74 |
| (a) | Gerichtsverfahren..... | 74 |
| (b) | Verwaltungsverfahren..... | 76 |
| (c) | Zollbeschlagnahmen..... | 77 |
| 2. | Probleme bei der Durchsetzung von Schutzrechten..... | 78 |
| (a) | Ineffektivität der Rechtspflege..... | 80 |
| (aa) | Fehlendes Rechtsbewusstsein..... | 80 |
| (bb) | Ungenügende Qualifikation der Richter..... | 81 |
| (cc) | Fehlende richterliche Unabhängigkeit..... | 82 |
| (b) | Lokaler Protektionismus..... | 83 |
| 3. | Interessenkonflikt der Regierung..... | 85 |
| III. | Ineffektive Rechtsdurchsetzung ermöglicht Nutzung geschützter Inventionen zur Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung..... | 88 |
| 3. | Kapitel Maßnahmen zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung..... | 89 |
| A. | Rechtliche Maßnahmen zur Verbesserung der Situation in China als Hauptherkunftsland schutzrechtsverletzender Produkte..... | 89 |
| I. | Durchsetzungsvorgaben des TRIPS-Abkommens..... | 90 |
| II. | WTO-Streitbeilegungsverfahren USA – China..... | 91 |
| 1. | Kritik der USA an den Durchsetzungsbestimmungen der Volksrepublik..... | 92 |
| 2. | Untersuchungsausschuss stellt nur marginale Unzulänglichkeiten fest..... | 92 |
| 3. | Effektivität der Rechtsdurchsetzung nicht Gegenstand des Streitbeilegungsverfahrens..... | 94 |
| III. | Erfolgsaussichten einer Überprüfung der Effektivität der Rechtsdurchsetzung..... | 94 |
| 1. | Verpflichtung zu wirksamer Rechtsdurchsetzung nur vage formuliert..... | 95 |
| 2. | Umsetzungsspielraum verhindert faktisch die Überprüfung der Effektivität der Rechtsdurchsetzung in China..... | 96 |
| B. | Rechtliche Maßnahmen in den Zielstaaten schutzrechtsverletzender Produkte..... | 99 |
| I. | Maßnahmen in der Europäischen Union..... | 100 |
| 1. | Probleme bei der Harmonisierung der Durchsetzungsbestimmungen..... | 100 |
| 2. | Produktpiraterieverordnung (PPVO)..... | 101 |
| 3. | Durchsetzungsrichtlinie..... | 102 |
| II. | Maßnahmen in Deutschland..... | 104 |
| 1. | Produktpirateriegesetz (PrPG)..... | 105 |
| 2. | Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie..... | 108 |
| III. | Dimension des weltweiten Warenumschlags verhindert effektive Rechtsdurchsetzung in den Zielstaaten..... | 109 |
| C. | Ergänzende Maßnahmen schaffen nur teilweise Abhilfe..... | 111 |
| I. | Technische Maßnahmen..... | 112 |
| II. | Betriebswirtschaftliche Maßnahmen..... | 114 |
| III. | Sonstige Maßnahmen..... | 116 |

| | |
|---|------------|
| 4. Kapitel Alternative Maßnahmen | 119 |
| A. Anhebung des Durchsetzungsniveaus durch internationale Abkommen | 119 |
| I. Freihandelsabkommen | 120 |
| II. Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) | 121 |
| 1. Inhalt des Abkommens..... | 122 |
| 2. Kritik | 124 |
| 3. Wirksamkeit des Abkommens..... | 125 |
| (a) Potentielle Verbesserung der Situation für Schutzrechtsinhaber | 126 |
| (b) Probleme bei der Überprüfung der Effektivität der Rechtsdurchsetzung ... | 126 |
| (c) Beitritt Chinas fraglich | 128 |
| 4. Weltweit einheitlicher Durchsetzungsstandard sinnvoll? | 129 |
| B. Verzicht auf die Anmeldung von Schutzrechten | 130 |
| I. Geheimhaltung | 132 |
| 1. Know-how Schutz..... | 133 |
| 2. Probleme | 133 |
| 3. Folgen | 136 |
| II. Defensivpublikation | 137 |
| 1. Gründe für eine Defensivpublikation | 138 |
| 2. Abwägung | 139 |
| 5. Kapitel Zusammenfassung | 141 |
| Abkürzungen | 149 |
| Literatur | 152 |

Einleitung

Der Begriff der *Piraterie* ist derzeit in aller Munde: Mit fast schon gewohnter Regelmäßigkeit werden am Horn von Afrika Frachter oder gar Passagierschiffe von *Piraten* überfallen, vermehrt gründen sich *Piratenparteien* und in Schweden wurde kürzlich gegen die Betreiber des Internet-Portals 'The *Pirate Bay*' ein Aufsehen erregendes Urteil gefällt. Diese Arbeit widmet sich den *Produktpiraten*, deren Machenschaften bereits seit Jahrzehnten nicht nur zahlreiche Unternehmen, sondern vor allem auch die Regierungen nahezu sämtlicher Industrienationen beschäftigen.

Besonders in den vergangenen Jahren wurden die Aktivitäten zur Bekämpfung der Produktpiraterie deutlich verstärkt. So starteten die USA noch während der Amtszeit von George W. Bush die *Strategy for Targeting Organized Piracy* (STOP-Initiative). Dabei handelt es sich um eine konzertierte Aktion des US-Handelsbeauftragten, der amerikanischen Arzneimittelzulassungsbehörde sowie der US-Ministerien für Wirtschaft, Justiz und Heimatschutz unter der Führung des Weißen Hauses. Deutschland nahm das Thema im Jahr 2007 in seine EU-Ratspräsidentschaft¹ auf und machte es zu einem Schwerpunkt seiner Präsidentschaft der G8². Die Mitgliedsstaaten der G8 wiederum bemühen sich derzeit im Dialog mit den wichtigsten Schwellenländern um Lösungsmöglichkeiten für das Problem (*Heiligendamm-Prozess*).³ Außerdem führen sie mit Ausnahme Russlands Verhandlungen mit weiteren Staaten über ein weltweites Abkommen zur Bekämpfung der Produktpiraterie (*Anti-Counterfeiting Trade Agreement – ACTA*). Nicht zuletzt setzte die Europäische Kommission Anfang 2009 eine Beobachtungsstelle für Produkt- und Markenpiraterie ein.⁴

Sowohl auf nationaler als auch auf internationaler Ebene wurde zudem eine Vielzahl von Organisationen zur Bekämpfung der Produktpiraterie gegründet beziehungsweise rückten bestehende Organisationen, Institutionen oder

¹ SZ, Regierung verschärft Kampf gegen Produktpiraterie, 18./19.11.2006, S. 5.

² e.conomy, Bündnis gegen Produktpiraterie, Nr. 046 05/2007.

³ Zum Bekämpfung der Produktpiraterie im Rahmen des Heiligendamm-Prozesses http://www.bundesfinanzministerium.de/DE/BMF_Startseite/Aktuelles/Monatsbericht_des_BMF/2009/08/analysen-und-berichte/b04-Produkt-und-Markenpiraterie/node.html?_nnn=true und <http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/G8Gipfel/2007-06-08-heiligendamm-prozess.html> (jeweils Stand: 16.08.2010).

⁴ Zu den Aufgaben der Beobachtungsstelle vgl. *Weiden*, Europäische Beobachtungsstelle, GRUR 2009, S. 1033 f. (1033).

Verbände die Thematik ins Zentrum ihrer Tätigkeit.⁵ Besonders hervorzuheben ist zum einen der auf Initiative der World Customs Organization (WCO), der World Intellectual Property Organization (WIPO) und der International Criminal Police Organization (INTERPOL) bereits seit dem Jahr 2004 einmal jährlich stattfindende *Global Congress on Combating Counterfeiting and Piracy* und zum anderen die von der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) erstellte, groß angelegte Studie über die wirtschaftlichen Folgen der Produktpiraterie.⁶ Weiterhin wurden Internetplattformen ins Leben gerufen, die über das Thema informieren, der Kommunikation dienen sowie zur Prävention und Bekämpfung beitragen sollen.⁷ Und schließlich widmen sich eine Fülle wissenschaftlicher Untersuchungen⁸ sowie unzählige Medienberichte diesem Problem.

Trotz der genannten Anstrengungen konnte das „Verbrechen des 21. Jahrhunderts“⁹ allerdings bislang nicht eingedämmt werden. Nach wie vor gilt es als eine der „größten Herausforderungen der Weltwirtschaft“¹⁰ und breitet sich stetig weiter aus.¹¹ Dies gibt Anlass zur Frage, weshalb die zahlreichen Bemühungen offenbar erfolglos bleiben und ob eventuell wirksamere Handlungsalternativen bestehen. Bemerkenswerterweise wird diese sehr nahe liegende Frage in der Literatur bislang nicht näher vertieft. Die vorliegende Untersuchung möchte diese Lücke schließen. Im ihrem Fokus steht die Produktpiraterie in der Volksrepublik China (VR China¹²), da das Land als „Dreh- und Angelpunkt“¹³ der gegenwärtigen internationalen

⁵ Zahlreiche Anti-Piraterie-Organisationen werden aufgelistet bei Harte-Bavendamm/*Harte-Bavendamm*, Handbuch Markenpiraterie, § 2 Rn. 24 ff.

⁶ Vgl. die Studie der OECD „Die wirtschaftlichen Folgen von Produkt- und Markenpiraterie“ aus dem Jahr 2008. Die Studie ist erhältlich unter: http://www.oecd.org/document/21/0,3343,de_34968570_34968855_40986773_1_1_1_1,00.html (Stand: 16.08.2010).

⁷ Erwähnt seien <http://www.conimit.de/>, <http://www.stop-piracy.ch>, www.original-ist-genial.de, und www.produktpiraterie.org (jeweils Stand: 16.08.2010).

⁸ Exemplarisch seien von *Welser/Gonzalez*, Marken- und Produktpiraterie; *Wildemann et al.*, Plagiatschutz; *Schuhmacher*, Marken(artikel)piraterie; *Braun*, Produktpiraterie; *Meister*, Leistungsschutz und *Sokianos*, Produkt- und Konzeptpiraterie.

⁹ SZ Online, Das Verbrechen des 21. Jahrhunderts, 26.09.2007. Abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/839/419603/text/> (Stand: 16.08.2010).

¹⁰ Vgl. Fn. 3.

¹¹ OECD Studie (Fn. 6), S. 19.

¹² Die Arbeit konzentriert sich auf die Volksrepublik China (im Folgenden auch China) ohne Hongkong und die als Republik China bezeichnete Insel Taiwan.

¹³ *Fuchs*, Piraten Kopierer, S. 6.

Produktpiraterieszene, „weltgrößter Hersteller“¹⁴ von Piraterieware und Verursacher des „schwerwiegendsten Piraterieproblems aller Zeiten“¹⁵ gilt.

Gang der Arbeit

Die Wirksamkeit von Maßnahmen gegen ein Phänomen wie Produktpiraterie kann nur überprüft werden, wenn klar ist, welches Ziel sie verfolgen. Aus diesem Grund widmet sich das *erste Kapitel* der Abgrenzung des Begriffs Produktpiraterie. Das *zweite Kapitel* übernimmt das ermittelte Begriffsverständnis und konzentriert sich auf die Ursachen der „Produktpiraterie“ in der VR China. Vor dem Hintergrund der Situation in der Volksrepublik werden im *dritten Kapitel* die Gründe für die geringe Wirksamkeit der bislang ergriffenen nationalen und internationalen Bemühungen ermittelt. Das *vierte Kapitel* untersucht, inwieweit alternative Maßnahmen Abhilfe schaffen können. Den Schluss bildet das *fünfte Kapitel*. Es fasst die wesentlichen Erkenntnisse zusammen.

¹⁴ Von Welser/González, Marken- und Produktpiraterie, S. 35.

¹⁵ Burkart, Produktpiraterie China, S. 98.

1. Kapitel Produktpiraterie

A. Der Begriff Produktpiraterie

Zunächst soll der Entstehungsgeschichte des Begriffs Produktpiraterie nachgegangen werden.

I. Entstehung des Begriffs

Bereits seit den 70er Jahren wird das Thema Produktpiraterie in Fachkreisen diskutiert. Zu jener Zeit hatte man erstmals mit einer Flut von Produkten zu tun, die zwar wesentliche Erscheinungsmerkmale eines Originalproduktes aufwiesen und mit der Marke des Originalherstellers gekennzeichnet waren, jedoch nicht vom Originalhersteller stammten. Die sonderrechtlich geschützten Kennzeichnungen waren gefälscht.¹⁶ Hierzu wurde der Begriff der „Markenpiraterie“¹⁷ eingeführt, welcher allerdings keinen Eingang in die Gesetze fand.

Später traten Produktnachahmungen hinzu, die teilweise keine Marken verwendeten und damit durch den Begriff der Markenpiraterie nicht erfasst wurden. In einem Fall, der zur viel zitierten BGH-Entscheidung Tchibo/Rolex aus dem Jahr 1984 führte, wurden beispielsweise Uhren der Firma Rolex bis ins Detail imitiert, aber nicht mit der Marke Rolex versehen.¹⁸ Gleichwohl stellten solche Nachahmungen ein großes Problem für Originalhersteller und die betroffenen Wirtschaftskreise dar. In rechtspolitischen Debatten sprach man daher anfangs von Markenpiraterie und Nachahmungen sonderrechtlich nicht geschützter Produkte.¹⁹ Die Verletzung eines anderen Schutzrechts als der Marke, zum Beispiel eines Patents, Gebrauchs- oder Geschmacksmusters, war zu dieser Zeit und auch später offenbar kein größeres Problem. So galt die Verletzung technischer Schutzrechte in diesem Zusammenhang selbst Ende der 80er Jahre noch als vergleichsweise unbedeutend.²⁰ Die Formulierung „Markenpiraterie und sonderrechtlich nicht geschützte Produkte“ wurde jedoch bald als

¹⁶ *Knaak/Tilmann*, Markenwaren Nachahmung, GRUR Int. 1986, S. 336 ff. (336) und *Winter*, Internationale Markenpiraterie, GRUR 1981, S. 782 ff. (782 und 787).

¹⁷ *Dichtl/Eggers*, Marke Wettbewerb, S. 270.

¹⁸ BGH GRUR 1985, S. 876 ff.

¹⁹ *Meister*, Aspekte Produktpiraterie, WRP 1991, S. 137 ff. (138). Der Verfasser erläutert anlässlich des Inkrafttretens des Produktpirateriegesetzes (vgl. Fn. 31) zu Beginn seines Aufsatzes über die wesentlichen Gesetzesänderungen die Entstehung des Begriffs Produktpiraterie und die Schwierigkeiten der begrifflichen Einordnung.

²⁰ Noch zu Zeiten des Produktpirateriegesetzes aus dem Jahr 1990 hielt man die Verletzung anderer geschützter Leistungen als der Marke für unbedeutend. Vgl. Kapitel 3 B II 1.

umständlich und zu eng empfunden, so dass man inoffiziell dazu überging, den englischen Begriff des „counterfeiting“ zu verwenden. *Meister* schlug schließlich Mitte der 80er Jahre, eingedenk der Tatsache, dass fast immer Produkte von Nachahmungen betroffen sind, den Begriff „Produktpiraterie“ vor.²¹

II. Warum „Piraterie“?

Unklar ist, warum der Begriff „Piraterie“ zur Charakterisierung dieser Phänomene bemüht wurde. Er erinnert an die Freibeuter auf hoher See, die vormals wertvolle Handelsgüter wie Gold, Silber, Edelsteine, Seide oder Porzellan zu rauben versuchten und auch heute wieder eine große Bedrohung für die Seehandelswege darstellen, wie jüngste Meldungen über von Piraten angegriffene oder gekaperte Handels- und Passagierschiffe zeigen. Zu ihrer (bis vor kurzem durchaus erfolgreichen)²² Eindämmung hatte sich die Weltgemeinschaft in der Genfer Konvention über die Hohe See (GÜHS) aus dem Jahr 1958 und später im Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen aus dem Jahr 1982 zur gemeinschaftlichen Bekämpfung verpflichtet und sich zu diesem Zweck auf eine einheitliche Definition des Begriffs Piraterie geeinigt. Vereinfacht kann man formulieren, dass die Seeräuberei rechtswidrige Gewalttaten auf hoher See gegen Schiffe und Personen sowie Plünderungen an Bord umfasst.²³

Möglicherweise lassen sich über die Parallele zur Piraterie auf hoher See die Konturen des Begriffs Produktpiraterie schärfen, zumal das im Jahr 1985 von der Internationalen Handelskammer (ICC) geschaffene Counterfeiting Intelligence Bureau (CIB), dessen Hauptaufgabe die Bekämpfung der Produktpiraterie ist, aus dem ICC International Maritime Bureau (IMB), dessen Tätigkeitsschwerpunkt wiederum die Bekämpfung der Piraterie auf hoher See bildet, hervorgegangen und bis heute mit ihm organisatorisch

²¹ *Meister*, Produktpiraterie, MA 1987, S. 157 ff. (157); *Meister*, Leistungsschutz, S. 22.

²² Einer aktuellen Umfrage zufolge war in jüngster Vergangenheit bereits jede fünfte deutsche Reederei Opfer von Piratenangriffen. Vgl. PricewaterhouseCoopers „Deutsche Reeder zwischen Piraten und Wirtschaftskrise“, Juli 2009, S. 10. Abrufbar unter:

http://www.pwc.de/portal/pub/!ut/p/kcxml/04_Sj9SPykssy0xPLMnMz0vM0Y_QjzKLd4p3tggDSYGYLm4W-pEQhjNEzCDeESICUuXrkZ-bqh-k760foF-QGxpR7uioCAA-DbC/delta/base64xml/L3dJdyEvd0ZNQUFzQUMvNEIVRS82X0JfQzIE?siteArea=e5fea005e519972&content=e5fea005e519972&topNavNode=49c411a4006ba50c
(Stand: 16.08.2010).

²³ Vgl. Art. 15 GÜHS. Dieser stimmt wörtlich überein mit Art.101 des Seerechtsübereinkommens von 1982. Das Seerechtsübereinkommen ist abgedruckt in BGBl. 1994 II, S.1798.

verbunden ist. Ein Vergleich scheint also nicht ganz abwegig, hält einer kritischen Betrachtung jedoch nur bedingt stand.

1. Beeinträchtigung materiellen Eigentums

Bei den Plünderungen der „klassischen“ Piraten handelt es sich um rechtswidrige Gewalttaten, die primär das Ziel haben, fremdes (Sach-)Eigentum zu rauben.²⁴ Faktisch geht der ursprüngliche Eigentümer somit eines Vermögenswertes verlustig. Durch die Nachahmung ihrer Produkte verlieren Originalhersteller hingegen ihr Eigentum nicht. Da das Originalprodukt unautorisiert vervielfältigt wird, wäre statt des Verlustes materiellen Eigentums bestenfalls der Verlust immateriellen (geistigen) Eigentums denkbar, so dieses überhaupt besteht. Doch gerade die geistige Natur immaterieller Güter hat zur Folge, dass sie – im Gegensatz zu körperlichen Gütern – ohne Substanz- und Qualitätseinbußen zu jeder Zeit und an jedem Ort genutzt werden können (Ubiquität).²⁵ Immaterielle Güter werden selbst durch mehrfache Verwendung nicht beeinträchtigt.

2. Beeinträchtigung einer Monopolstellung

Klarer wird die Parallele, wenn man von den sich ergebenden Rechten ausgeht. Der Eigentümer kann nach § 903 BGB mit der Sache nach Belieben verfahren und Dritte von der Einwirkung ausschließen. Eben diese Ausschlusswirkung ist auch die zentrale Rechtsfolge der Immaterialgüterrechte, auch Rechte des Geistigen Eigentums oder Intellectual Property (IP) Rights genannt.²⁶ Bei Vorliegen bestimmter formeller und materieller Schutzvoraussetzungen, die je nach geschütztem Immaterialgut unterschiedlich sind, gewähren die einschlägigen Sondergesetze dem Berechtigten das jeweilige Schutzrecht. Dieses wirkt gegenüber jedermann und ist damit absolut. Der Rechtsinhaber kann Dritte von der Nutzung beziehungsweise Benutzung ausschließen.

²⁴ Böni, Piraterie, S. 12.

²⁵ Troller, Immaterialgüterrecht I, § 5 III.

²⁶ Der Begriff Intellectual Property wird im Allgemeinen synonym für die Rechte zum Schutz des Geistigen Eigentums verwendet und entspricht dem internationalen Sprachgebrauch. Vgl. Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 2 und Wadle, Geistiges Eigentum, S. 3. In Deutschland ist der Begriff des Geistigen Eigentums allerdings wegen rechtsdogmatischer Bedenken im Hinblick auf den Eigentumsbegriff des Zivilrechts umstritten. Vgl. Pierson et al., Geistiges Eigentum, S. 1, Götting, Geistiges Eigentum, GRUR 2006, S. 353 ff. und Ohly, Geistiges Eigentum, JZ 2003, S. 545 ff. Wie das „Gesetz zur Stärkung des geistigen Eigentums und zur Bekämpfung der Produktpiraterie“ (vgl. Fn. 31) zeigt, hat der deutsche Gesetzgeber den Begriff „Geistiges Eigentum“ anerkannt.

Schafft sich ein Marktteilnehmer durch Hervorbringung einer in einem Produkt verkörperten (neuen) geistigen Leistung einen Wettbewerbsvorteil vor seinen Konkurrenten, so ermöglichen die Rechte des Geistigen Eigentums eine Verlängerung dieser Wettbewerbsposition, da sie eine Monopolstellung bewirken: Der Rechtsinhaber ist als einziger berechtigt, seine Leistung zu benutzen. Er kann Wettbewerber an Herstellung und Vertrieb von Erzeugnissen hindern, wenn sie dazu seine geistige Leistung nutzen.

Wird ein Sacheigentümer nun von Seeräubern heimgesucht, so verliert er den Besitz an seinem Eigentum und kann folglich die daraus erwachsenden Rechte nicht mehr wahrnehmen. Ähnlich verhält es sich bei Produktimitationen: Der Originalhersteller behält zwar sein Ausschließlichkeitsrecht. Durch das Auftreten von Nachahmungen wird ihm seine Alleinstellung jedoch genommen. Der Wesensgehalt des Schutzrechts ist damit beeinträchtigt. Der Inhaber ist um seine Monopolstellung gebracht und folglich „bestohlen“.²⁷

III. Diebstahl Geistigen Eigentums?

Warum wird dann aber nicht durchgehend vom „Diebstahl (oder Raub)“²⁸ Geistigen Eigentums gesprochen? Natürlich traten auch schon vor Einführung des Begriffs der Markenpiraterie Markenverletzungen durch Produktnachahmungen auf. Der Begriff der Piraterie kam erst ins Spiel, als die Verletzungsfälle so zahlreich wurden, dass unzählige Branchen merkliche Absatzeinbußen feststellten und zudem um den Ruf ihrer Marke(n) fürchten mussten.²⁹ Problematisch war dabei nicht die Anzahl der Fälschungen an sich. Schließlich ist es für Originalhersteller unerheblich, ob sie gegen einen Imitator vorgehen, der das Produkt ein- oder mehrfach imitiert, solange er belangt werden kann. Schwierigkeiten bereiteten vielmehr die Tatsache, dass regelmäßig neue Fälscherwerkstätten entstanden sowie deren hohe Mobilität. Das immer raffiniertere global vernetztere Vorgehen der Imitatoren führte dazu, dass die Originalhersteller nicht wussten, zu welchem Zeitpunkt

²⁷ Auf den „Diebstahlscharakter“ nimmt auch der Begriff der „Biopiraterie“ Bezug. Vgl. *Federle*, Biopiraterie, S. 18 und 25 m. w. N.

²⁸ So z. B. *Schuhmacher*, Marken(artikel)piraterie, S. 1. *Götting* führt an, dass diese Anknüpfung an den strafrechtlichen Schutz des Eigentums im allgemeinen Sprachgebrauch zunehmend Verbreitung findet (v.a. im Zusammenhang mit der Musikpiraterie). Vgl. *Götting*, Geistiges Eigentum, GRUR 2006, S. 353 ff. (353).

²⁹ *Dichtl/Eggers*, Marke Wettbewerb, S. 270.

und aus welcher Richtung der nächste „Angriff“ drohte: Sie wurden quasi überfallen.

Der Begriff „Produktpiraterie“ ist daher in erster Linie durch die Machtlosigkeit des Originalherstellers gekennzeichnet, die Beeinträchtigung seiner Wettbewerbsposition zu unterbinden. Hier kann wieder eine Parallele zu Piraterie auf hoher See gezogen werden. Diese zeichnet sich ebenfalls durch eine gewisse Überfallartigkeit aus. Die Stärke von Freibeutern liegt im überraschenden, überfallartigen Auftreten sowie in einem schnellen Rückzug. Im Gegensatz zu den Gefechten auf hoher See werden Auseinandersetzungen rund um die Nachahmung von Produkten heute allerdings nicht mehr direkt und vor Ort, sondern vor Gericht ausgetragen.

B. Definitionen des Begriffs Produktpiraterie

Die Feststellung, dass der Begriff Produktpiraterie die Hilflosigkeit von Herstellern im Hinblick auf die Nachahmung ihrer Produkte ausdrückt, genügt den Anforderungen an eine Begriffsbestimmung unzweifelhaft nicht. Seit Jahren versucht man insbesondere in der juristischen Fachliteratur den Begriff der Produktpiraterie näher zu definieren. Die ersten deutschen Beiträge zu diesem Thema stammen aus den 80er Jahren.³⁰ Auch bei der Ausarbeitung des Produktpirateriegesetzes (PrPG)³¹ im Jahr 1989 diskutierte man die Schaffung eines einheitlichen Piraterietatbestandes, lehnte dies jedoch mit der Begründung ab, dass die Erscheinungsformen der Produktpiraterie zu zahlreich und dank neuer technischer Kommunikations- und Reproduktionsmethoden sowie der zunehmenden internationalen Verflechtung der Märkte in einem stetigen Wandel begriffen seien. Zudem wollte man spitzfindigen Piraten keine Angriffspunkte für Schlupflöcher und eine Umgehung des Tatbestandes bieten.³² Der Begriff Produktpiraterie hat deshalb keinen Eingang in die Gesetze gefunden.

I. Begriffsverständnis in Deutschland

Nicht zuletzt ist es wohl der fehlenden gesetzlichen Definition geschuldet, dass in Deutschland kein einheitliches Verständnis des Begriffs Produktpiraterie besteht. Die Definitionsansätze in der Literatur sind zu

³⁰ Vgl. *Engelhard*, Produktpiraterie, DRiZ 1985, S. 215 ff. und die Aufsatzreihe von *Meister*, Produktpiraterie, MA 1987, S. 157 ff. und S. 420 ff.; 1989, S. 433 ff., S. 574 ff und S. 634 ff.

³¹ Gesetz zur Stärkung des Schutzes des Geistigen Eigentums und zur Bekämpfung der Produktpiraterie vom 01.07.1990, BGBl. 1990 I, S. 422 ff.

³² BT-Drucks. 11/4792, S. 18.

zahlreich, als dass sie an dieser Stelle alle einzeln aufgeführt werden können. Daher werden einige Beispiele herausgegriffen.

1. Definitionen

„Eine Verletzung von Schutzrechten liegt üblicherweise bei der Verwendung des Begriffs Produktpiraterie vor, der illegale Formen des Know-how-Abflusses beschreibt.“³³

Produktpiraterie bezeichnet „das gesamte Spektrum der mehr oder weniger gezielten Verletzung von gewerblichen Schutzrechten wie Warenzeichen, Geschmacksmustern, Gebrauchsmustern oder Patenten und von Urheberrechten“³⁴.

Produktpiraterie ist „das professionelle, gezielte und massenhafte Kopieren geschützter Produkte oder Leistungen“³⁵.

„Produktpiraterie stellt die rechtswidrige Herstellung, den Vertrieb sowie die Inauftraggabe von Komponenten oder Produkten dar, die vor Nachahmung vertrags-, immaterialgüter- oder wettbewerbsrechtlich geschützt sind.“³⁶

„Als Produktpiraterie beziehungsweise Markenpiraterie wird das Nachahmen oder Fälschen von Produkten bezeichnet. Dabei werden Marken-, Patent-, Urheber- und sonstige gewerbliche Schutzrechte verletzt und illegal genutzt.“³⁷

„Produktpiraterie *im engen Sinn* ist die gezielte, systematische Verletzung von geschützten Rechtspositionen auf dem Gebiet des gewerblichen und intellektuellen ‚Eigentums‘, sowie die Nachahmung sonderrechtlich nicht geschützter Produkte.“ „Produktpiraterie *im weiten Sinn* umfasst das Anhängen an den Ruf anderer, zum Beispiel an bekannte Marken Dritter oder deren Verwendung für eigene gewerbliche Zwecke, die Übernahme einer fremden Marketing-Idee [...] und vergleichbare andere Formen von

³³ Meiwald/ Petermann/Lindemann, Produktpiraterie, IM 24/2008, S. 43 ff. (44).

³⁴ Jahn, Moderne Piraten, WRP 1988, S. 413 ff. (413).

³⁵ Mühlens, Produktpiraterie Waffe, CR 1990, S. 433 ff. (433). Oftmals wird auch „[...] planmäßig, gezielt und massenhaft[es]“ Handeln verlangt. Vgl. z. B. Kröger/Bausch, Produktpiraterie Patentwesen, GRUR 1997, S. 321 ff. (321).

³⁶ Aurich/Bohr/Kranz, Produktpiraterie, IM 24/2008, S. 39 ff. (39).

³⁷ Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. (BITKOM): Standpunkte zum Geistigen Eigentum – Die Wissensindustrie auf dem Weg durch das 21. Jahrhundert, Berlin 2007, S. 27. Abrufbar unter: http://www.bitkom.org/files/documents/BITKOM_bro_21032007final.pdf (Stand: 16.08.2010).

‚Ideenklau‘, soweit sie mittelbar mit gewerblichen Erzeugnissen zu tun haben.“³⁸

Nach einer gängigen Auffassung ist Produktpiraterie schließlich die „gezielte, massenhafte und mit Gewinnabsicht begangene, vorsätzliche Verletzung bestehender Schutzrechte sowie die Verletzung der durch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb geschützten Rechtspositionen“, wobei die Verletzung eines „markenrechtlich geschützten Kennzeichens“ nicht erforderlich ist. Letztere fällt unter den Begriff der „Markenpiraterie“.³⁹

2. Elemente der Definitionen

Die Mehrheit der Autoren versteht unter Produktpiraterie die Verletzung von Schutzrechten durch Nachahmung von Produkten und damit die Verwendung einer fremden geschützten Leistung. Unklar ist allerdings, welche Leistungen umfasst sind. Teilweise schließt der Begriff Produktpiraterie sämtliche durch geistige Eigentumsrechte geschützten Leistungen ein. Teilweise wird die Verletzung von Kennzeichen ausgenommen und mit dem Begriff Markenpiraterie⁴⁰ umschrieben. Uneinigkeit besteht weiterhin darüber, auf welche Art und Weise die Schutzrechtsverletzung zu erfolgen hat. Erwähnt werden in diesem Zusammenhang neben der Nachahmung das Kopieren, das Fälschen, die Herstellung, der Vertrieb und die Inauftraggabe. Ferner ist umstritten, ob zusätzlich weitere Kriterien erfüllt sein müssen. Angesprochen werden die mehr oder weniger gezielte, massenhafte Verletzung von Schutzrechten sowie absichtliches, bewusstes, planmäßiges, professionelles oder systematisches Handeln mit Gewinnabsicht. Die häufige Verwendung der Elemente „gezielt“ und „mit Gewinnabsicht“ geht vermutlich auf den im Rahmen des Produktpirateriegesetzes neu eingeführten Qualifikationstatbestand der „gewerbsmäßigen“ Schutzrechtsverletzung

³⁸ *Meister*, Aspekte Produktpiraterie, WRP 1991, S. 137 ff. (137 f.). Eine gezielte und systematische Verletzung ist ebenso nach *Dichtl/Eggers* erforderlich. *Dichtl/Eggers*, Marke Wettbewerb, S. 271.

³⁹ *Blume*, Produktpiraterie Ausmaß, S. 10 und *Tannert*, Produktpiraterie China, S. 17. *Braun* fordert „absichtliches“ und damit ebenso vorsätzliches Verhalten. *Braun*, Produktpiraterie, S.7. *Levin* fordert gar eine „betrügerische Absicht“. *Levin*, Counterfeiting, GRUR Int. 1987, S. 18 ff. (27). Der BASCAP-Initiative (Business Action to Stop Counterfeiting an Piracy) der ICC zufolge erfordert nur die Verletzung von Urheberrechten vorsätzliches Handeln. Vgl. <http://www.original-ist-genial.de/produktpiraterie-in-deutschland.html> (Stand: 16.08.2010).

⁴⁰ Ausführlich zum Begriff der Markenpiraterie vgl. *Harte-Bavendamm/Harte-Bavendamm*, Handbuch Markenpiraterie, § 1 Rn. 38 ff., *Schuhmacher*, Marken(artikel)piraterie, S. 22 f. und *Blumenthal*, Marke Piraterie, S. 160 ff.

zurück.⁴¹ Das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit umfasst danach die „gezielte, wiederholte [...] und mit Gewinnerzielungsabsicht begangene vorsätzliche Schutzrechtsverletzung“.⁴²

Oftmals werden zur Produktpiraterie aber auch Produktnachahmungen gezählt, bei welchen das Original keinen sondergesetzlichen Schutz erfährt und nur unter Umständen durch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vor Nachahmung geschützt ist.⁴³ Der Begriff Produktpiraterie spricht dann ganz allgemein das Problem der Nachahmung von Produkten an. Dies zeigt sich ebenso in Gesprächen mit Industrieunternehmen, die nicht selten auch missliebige, wenngleich grundsätzlich legitime Konkurrenten als Produktpiraten bezeichnen. Vielfach wird zudem Betriebsspionage mit Produktpiraterie in Verbindung gebracht oder gar gleichgesetzt. Ähnliches gilt für den Technologieabfluss in Vertragsverhältnissen.⁴⁴ In diesen Fällen ist sogar die Erlangung der später verwendeten Leistung vom Begriff Produktpiraterie umfasst und nicht nur die Verwendung der Leistung an sich.

II. Begriffsverständnis in anderen Ländern

Auch in anderen Staaten setzt sich diese „terminologische Gemengelage“⁴⁵ fort. Im englischsprachigen Raum werden die Begriffe „piracy“ und „counterfeiting“ verwendet.⁴⁶ In Großbritannien verstand man unter „piracy“

⁴¹ Das Produktpirateriegesetz ist als Artikelgesetz ausgestaltet. Der Qualifikationstatbestand für gewerbsmäßige Schutzrechtsverletzungen findet sich daher einheitlich in sämtlichen Schutzgesetzen. Vgl. §§ 143 II MarkenG, 108a I UrhG, 51 II GeschmMG, 142 II PatG und 25 II GebrMG.

⁴² BT-Drucks. 11/4792, S. 17.

⁴³ So auch *Hintze*, Produktpiraterie China, S. 21. *Braun* formuliert gar: „Produktpiraterie ist [...] die gezielte Nachahmung sonderrechtlich nicht geschützter Produkte.“ *Braun*, Produktpiraterie, S. 7. Auch *von Welser/González* schließen sonderrechtlich nicht geschützte Produkte mit ein. Vgl. *von Welser/González*, Marken- und Produktpiraterie, S. 59 ff. und S. 105 f. Zum Ineinandergreifen von Schutzrechtsverletzungen und unlauterem Wettbewerbsverhalten in den Fällen der Markenpiraterie siehe ferner *Gloy/Loschelder/Harte-Bavendamm*, Handbuch Wettbewerbsrecht, § 43 Rn. 195 und *Gloy/Loschelder/Goldmann*, Handbuch Wettbewerbsrecht, § 65 Rn. 7 ff.

⁴⁴ Im Zusammenhang mit Produktpiraterie wird oft auf die Transrapid-Problematik in China verwiesen. Vgl. z. B. *Der Spiegel*, Der große Know-how-Klau, 20.02.2006, S. 70 ff. (70).

⁴⁵ *Harte-Bavendamm/Harte-Bavendamm*, Handbuch Markenpiraterie, § 1 Rn. 42.

⁴⁶ Eingehend zum Begriffsverständnis von „counterfeiting“ und „piracy“ vgl. *Nitsche*, Counterfeiting, S. 7 ff. und *Schuhmacher*, Marken(artikel)piraterie, S. 24 f. Der Begriff der *Piraterie* in Großbritannien, den USA, Polen und der Russischen Föderation wird dargestellt bei *Maske*, Markenpiraterie, S. 58 f. und 65 ff. Zu den unterschiedlichen Begriffsbildungen in Großbritannien, und Amerika s. a. *Braun*, Produktpiraterie, S. 5 f.

ursprünglich vornehmlich Patent- und Urheberrechtsverletzungen.⁴⁷ „Counterfeiting“ wiederum war das illegale Imitieren von Produkten und Markenzeichen.⁴⁸ Die modernere amerikanische Bedeutung des Begriffs „counterfeiting“ umfasst demgegenüber lediglich eingetragene Marken.⁴⁹ Teilweise wird der Begriff „piracy“ zudem als übergeordneter Begriff verstanden, der „counterfeiting“ und andere Formen der vorsätzlichen Verletzung gewerblicher Schutzrechte umfasst.⁵⁰ Es wird aber auch vertreten, dass „counterfeiting“ die Bezeichnung für sämtliche unerlaubte Handlungen im Wettbewerb ist, durch die Immaterialgüterrechte ausgebeutet werden.⁵¹ Trotz der unterschiedlichen Inhalte werden die Begriffe „counterfeiting“ und „piracy“ in Literatur und Praxis synonym verwendet.

In Frankreich zeigt sich ein ähnliches Bild. Der Begriff „contrefaçon“ bezeichnet typischerweise sämtliche Verletzungen gewerblicher Schutzrechte durch Nachahmung.⁵² „Piraterie“ hingegen umfasst zwei verschiedene Tatbestände. Zum einen wird damit der Versuch erfasst, den Wert einer anderweitig bekannten Marke durch Eintragung dieses Zeichens für sich auszunutzen. Zum anderen wird darunter die Imitation des äußeren Erscheinungsbildes eines Produktes bis ins kleinste Detail verstanden. Dabei ist es unerheblich, ob auch die Marke nachgeahmt wird.⁵³

III. Begriffsverständnis auf internationaler Ebene

Die Schwierigkeiten in der Handhabung der Begrifflichkeiten bestehen auch auf internationaler Ebene. So erließ die WIPO bereits im Jahr 1986 eine Mustervorschrift, die den Begriff „counterfeiting“ zunächst nur für die Verletzung von Kennzeichenrechten verwendete. Später wurden sämtliche Verletzungen geistiger Eigentumsrechte und die Imitation solcher Erzeugnisse umfasst, die keinem Schutzrecht unterliegen.⁵⁴ Anders verfährt die Europäische Kommission. Sie umschreibt in ihrem Grünbuch aus dem Jahr 1998 lediglich das Phänomen der Nachahmungen und der Produkt- und Dienstleistungspiraterie, liefert jedoch keine differenziertere Betrachtung der

⁴⁷ *Levin*, Counterfeiting, GRUR Int. 1987, S. 18 ff. (21).

⁴⁸ *Ensthaler*, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 211.

⁴⁹ Ausführlich dazu *Levin*, Counterfeiting, GRUR Int. 1987, S. 18 ff. (22).

⁵⁰ *Maske*, Markenpiraterie, S. 58.

⁵¹ *Schuhmacher*, Marken(artikel)piraterie, S. 24.

⁵² *Braun*, Produktpiraterie, S. 6 und *Schmidl*, Bekämpfung Produktpiraterie, S. 68.

⁵³ Dazu *Levin*, Counterfeiting, GRUR Int. 1987, S. 18 ff. (22).

⁵⁴ *Harte-Bavendamm/Harte-Bavendamm*, Handbuch Markenpiraterie, § 1 Rn. 43 f.

Ausprägungen des Begriffs Produktpiraterie selbst.⁵⁵ Auch die Produktpiraterieverordnungen des Rates der Europäischen Union aus den Jahren 1986, 1994 und 1999 bestimmen die Begriffe „counterfeiting“ und „piracy“ nicht näher.⁵⁶ Sie definieren allerdings „counterfeit goods“ (nachgeahmte Waren) und „pirated copyright goods“ (unerlaubt hergestellte Vervielfältigungsstücke).⁵⁷ Ähnlich wird im TRIPS-Abkommen (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) verfahren: Es ergänzt die Produktpiraterie-Terminologie um den Begriff der „counterfeit trade mark goods“ (Art. 51 TRIPS). Der Begriff „counterfeiting“ bezieht sich hier demnach nur auf Markenrechtsverletzungen.

IV. Keine einheitliche Definition des Begriffs Produktpiraterie

Bemerkenswerterweise existiert also trotz der offenbar sehr großen Bedeutung der Thematik für Regierungen und Unternehmen zahlreicher Nationen keine international einheitliche und klar abzugrenzende Definition des Begriffs Produktpiraterie. Die auf nationaler und internationaler Ebene verwendeten Bezeichnungen „Produktpiraterie“, „Markenpiraterie“, „counterfeiting“, „piracy“ und „contrefaçon“ versuchen zwar offenbar ein und dasselbe Phänomen schlagwortartig zu beschreiben, über ihre Inhalte besteht allerdings selbst in der einschlägigen Fachliteratur keine Einigkeit. Dennoch werden die genannten Bezeichnungen häufig synonym verwendet.

Zwar wird teilweise in Frage gestellt, ob der Begriff Produktpiraterie einer Definition zugänglich oder ob eine solche überhaupt nötig sei.⁵⁸ Es wird eingewendet, dass es ausreichend sei, dass alle Beteiligten trotz unterschiedlicher Begrifflichkeiten sachlich den gleichen Vorgang verstünden.⁵⁹ Die Vielzahl der Definitionen mit ihren abweichenden Elementen lässt jedoch vermuten, dass das Verständnis gerade nicht einheitlich ist. Unter dem Deckmantel der Produktpirateriebekämpfung wird deshalb häufig gefordert, dass gegen sämtliche Formen der Gewinnung und Nutzung einer fremden geistigen Leistung vorgegangen werden müsse,

⁵⁵ Grünbuch zur Bekämpfung von Nachahmungen und Produkt- und Dienstleistungspiraterie im Binnenmarkt, KOM (98) 569 endg. vom 15.10.1998, S. 7.

⁵⁶ Verordnung (EG) des Rates Nr. 3842/86, Abl. Nr. L 357 vom 18.12.1986, S. 1; Verordnung (EG) des Rates Nr. 3295/94, Abl. Nr. L 341 vom 22.12.1994, S.8; Verordnung (EG) des Rates Nr. 241/99, Abl. Nr. L 27 vom 02.02.1999, S. 1.

⁵⁷ Eingehend dazu *Maske*, Markenpiraterie, S. 52 ff.

⁵⁸ *Cremer* und *Schmidl* lehnen eine Definition ab. *Cremer*, Bekämpfung Produktpiraterie, Mitt. 1992, S. 153 ff. (153); *Schmidl*, Bekämpfung Produktpiraterie, S. 74.

⁵⁹ *Meister*, Leistungsschutz, S. 34.

seien sie legitim oder nicht. Hier zeigt sich die Gefahr im Gebrauch plakativer Schlagworte: Allen Beteiligten wird suggeriert, dass man sich über den Bedeutungsinhalt des Begriffs einig sei, letztlich divergieren die Ansichten allerdings erheblich.

V. Beschränkung auf Produktimitationen

Doch wie will man effektiv handeln, wenn eine solche Gemengelage besteht? Wie sollen adäquate Maßnahmen und Abwehrstrategien entwickelt werden, wenn alle Beteiligten unterschiedliche Sachverhalte mit dem Begriff Produktpiraterie verbinden? Es ist nicht schwer zu erkennen, dass man allenfalls im Bereich des kleinsten gemeinsamen Nenners⁶⁰ Erfolg haben wird, solange über das eigentliche Problem Unklarheit besteht. Für eine nachhaltige Lösung muss an erster Stelle die Bestimmung der Problemlage stehen. Je präziser diese definiert ist, desto gezieltere Maßnahmen können ergriffen werden und desto erfolgreicher werden diese sein.

Vor diesem Hintergrund sowie wegen ihres begrenzten Umfangs konzentriert sich die Arbeit auf das auf nationaler wie internationaler Ebene überwiegende Verständnis von Produktpiraterie: die Nachahmung von Produkten unter der Verletzung geistiger Eigentumsrechte sowie die Imitation sonderrechtlich nicht geschützter Produkte. Im Folgenden wird zunächst untersucht, in wie weit Produktnachahmungen heute ein kritisches Ausmaß angenommen haben. Anschließend wird ermittelt, gegen welche Formen der Produktimitation vorzugehen ist.

C. Produktimitationen

I. Der Begriff Produktimitation

Die Arbeit beschäftigt sich mit der Imitation von Produkten. Zwar sind auch Dienstleistungen⁶¹ und digitale Güter⁶² stark von Nachahmungen betroffen.

⁶⁰ So auch *Levin*, Counterfeiting, GRUR Int. 1987, S. 18 ff. (18).

⁶¹ Die Europäische Kommission spricht deshalb in ihrem Grünbuch aus dem Jahr 1998 (vgl. Fn. 55) von Produkt- und *Dienstleistungspiraterie*. Zur Dienstleistungspiraterie siehe *Blumenthal*, Marke Piraterie, S. 176 f. Zu den Schutzmöglichkeiten von Dienstleistungen vor Imitation vgl. *David*, Dienstleistungen, Mitt. 2009, S. 113 ff.

⁶² Digitale Güter sind solche, die in Form von Binärdaten dargestellt, übertragen und verarbeitet werden können (z. B. Software). Ausgenommen werden hier jedoch nur solche Güter, deren Vervielfältigungen über das Internet, direkt von Computer zu Computer, über lokale Netzwerke oder über ähnliche Verbindungen vertrieben und weitergegeben werden. Die Arbeit lehnt sich an dieser Stelle an das Begriffsverständnis in der im Juli 2009 von der OECD veröffentlichten Studie „Piracy of Digital Content“ an. Sie ist erhältlich unter:

Auf sie soll im Rahmen dieser Untersuchung jedoch nicht näher eingegangen werden.

Bei der Imitation eines Produkts wird ein älteres Arbeitsergebnis zur Schaffung eines ganz oder teilweise übereinstimmenden neuen Arbeitsergebnisses benutzt. Der Imitator arbeitet in Kenntnis eines Vorbildes, dessen Schaffung zeitlich vor der Nachahmung liegt. Vorbild und Imitat stimmen in gewisser Weise oder zu einem gewissen Grad überein. Auch ist das Vorbild ursächlich für die übereinstimmende Gestaltung der Nachahmung.⁶³ Imitiert werden gemeinhin neuartige⁶⁴ Produkte, die auch als (Produkt-)Innovationen⁶⁵ bezeichnet werden. Der Begriff der Innovation wurde in der Literatur bereits vielfach diskutiert. Gemein ist den meisten Ansätzen, dass sie darunter die zumindest versuchte⁶⁶ wirtschaftliche Verwertung – also Kommerzialisierung – einer neuartigen verwirklichten Idee verstehen und nicht die Neuerung an sich.⁶⁷

Kern eines innovativen Produkts ist folglich eine besondere geistige Leistung beziehungsweise ein spezifisches Wissen (Know-how). In den Wirtschaftswissenschaften werden dafür die Begriffe Invention oder Erfindung verwendet.⁶⁸ Im Rahmen dieser Arbeit wird der Begriff Erfindung jedoch bewusst nicht synonym gebraucht, da er immaterialgüterrechtlich besetzt ist. Erfindungen sind nur solche Inventionen, die über eine hinreichende Technizität verfügen und damit grundsätzlich patent- oder gebrauchsmusterrechtlichen Schutz erlangen können.⁶⁹

http://www.oecd.org/document/35/0,3343,en_2649_34223_43394531_1_1_1_1,00.html (Stand: 16.08.2010).

⁶³ *Sambuc*, UWG-Nachahmungsschutz, S. 30.

⁶⁴ *Hauschildt/Salomo*, Innovationsmanagement, S. 3.

⁶⁵ *Brockhoff*, F&E, S. 37 und *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, S. 5. Der Begriff der Innovation wird hier nicht ausschließlich auf den Bereich der Technik bezogen, sondern auch auf die Bereiche Wirtschaft und Kultur. Zum Begriff der Innovation außerhalb der Technik vgl. *Hauschildt/Salomo*, Innovationsmanagement, S. 11 ff.

⁶⁶ Die Frage, wie viele Kommerzialisierungsschritte für eine Innovation nötig sind, wird unterschiedlich beantwortet. Nach *Brockhoff* liegt eine Innovation beispielsweise vor, wenn durch Investitionen in Fertigung und Markterschließung, Produktion und Marketing die Einführung auf dem Markt erreicht werden kann. Vgl. *Brockhoff*, F&E, S. 37. Nach *Hauschildt/Salomo* unterscheidet der Verkauf oder die Nutzung Innovation von Invention. Vgl. *Hauschildt/Salomo*, Innovationsmanagement, S. 8.

⁶⁷ *Hoffmann-Riem*, Immaterialgüterrecht und Innovation, in: Geistiges Eigentum und Innovation, S. 21 und *Harhoff*, Perspektiven Wirtschaftspolitik, S. 46 ff. (46).

⁶⁸ *Brockhoff*, F&E, S. 35.

⁶⁹ Weiterführend dazu *Kraßer*, Patentrecht, S. 142 ff.

Die Verbreitung der Innovation auf dem Markt bezeichnet man als Diffusion.⁷⁰ Ein Weg der Diffusion ist der Verkauf des innovativen Produkts. Jedoch wird auch durch Imitation zur Diffusion beigetragen. Dabei ist die Grenze zwischen Innovation und Imitation fließend: Denkbar ist zum Beispiel, dass der Innovator ein Produkt auf den Markt bringt, das nicht alle Kundenwünsche erfüllt. Der Imitator verbessert es und führt sein Produkt erfolgreich auf dem Markt ein. Er verhilft der Produktidee damit gegebenenfalls erst zum Durchbruch und wird dadurch selbst zum Innovator.

II. Entwicklung der Imitation von Produkten

Die Imitation von Produkten ist kein neues Phänomen. Wer überragende intellektuelle Leistungen erbringt und sich damit von den Wettbewerbern absetzt, ist schon seit jeher Ziel von Nachahmern. So lassen sich Produktimitationen bereits in der Antike beobachten. Zu dieser Zeit wurden Keramiken samt Kennzeichen nachgeahmt, um vom bestehenden Ruf eines anderen Herstellers zu profitieren.⁷¹ Die Werke des römischen Dichters Martial wurden von Nachahmern unautorisiert und unter Anmaßung eigener Urheberschaft vorgetragen.⁷² Im Mittelalter und der Neuzeit setzte sich diese Entwicklung fort. Zahlreiche Beispiele finden sich nicht nur in der Kunst, sondern auch bei Gebrauchsgütern.⁷³ Hatten Nachahmungen bis zur Industrialisierung handwerklichen⁷⁴ Charakter, so ermöglichte diese die Massenanfertigung von Waren und damit auch von Imitationen. Im Zuge der Globalisierung der Wirtschaft wurde das Nachahmungswesen zu einem weltweit agierenden „Industriezweig“, der heute die Märkte mit seinen Produkten förmlich überflutet.

III. Ursachen für die Imitation von Produkten

Die Imitation innovativer Produkte bringt dem Nachahmer Zeit- und Kostenvorteile gegenüber dem Originalhersteller. Letzterer muss in der Regel viel Zeit und Geld investieren, damit ein Produkt entsteht, das den Nerv der Zeit trifft. Am offensichtlichsten ist dies in der Pharmabranche: Eine Entwicklungsdauer von bis zu 12 Jahren für einen Wirkstoff und

⁷⁰ Brockhoff, F&E, S. 37.

⁷¹ Jahn, *Moderne Piraten*, WRP 1988, S. 413 ff. (413) und Harte-Bavendamm/*Harte-Bavendamm*, *Handbuch Markenpiraterie*, § 1 Rn. 5.

⁷² In seinen berühmten Epigrammen machte Martial seinem Unmut Luft. Er bezeichnete die Nachahmer als „plagiarius“ (= Menschenräuber). Der Begriff des Plagiats geht darauf zurück. Obergfell, *Plagiat*, KUR 2005, S. 46 ff. (47).

⁷³ Vertiefend dazu Schuhmacher, *Marken(artikel)piraterie*, S. 4 f. und Meister, *Aspekte Produktpiraterie*, WRP 1991, S. 137 ff. (137).

⁷⁴ Harte-Bavendamm/*Harte-Bavendamm*, *Handbuch Markenpiraterie*, § 1 Rn. 6.

Entwicklungskosten von 800 Millionen Euro sind keine Seltenheit.⁷⁵ Der Imitator spart sich hingegen die hohen Aufwendungen für Forschung und Entwicklung. Überdies muss er auch keine Aufwendungen für Test- und Zertifizierungsverfahren, die Produktüberwachung sowie den Aufbau einer eigenen Marke und das dazugehörige Marketing tragen. Ebenso verhält es sich mit Erteilungskosten für Schutzrechte oder mit Lizenzgebühren. Häufig vernachlässigen Imitatoren die Produkt- und Arbeitssicherheit oder Umweltschutzaufgaben, so dass auch daraus resultierende Kosten entfallen.

Der Hersteller von Produktimitationen hat also deutlich geringere beziehungsweise keine über die Produktion der Ware hinausgehenden Kosten. Er kann seine Produkte selbst bei gleicher Qualität der Ausgangsmaterialien und Herstellung wesentlich billiger verkaufen als der Originalhersteller. Ein Grund dafür ist auch darin zu sehen, dass die Kosten für die eigentliche Produktion eines Erzeugnisses heute zumeist nur noch einen verschwindend geringen Anteil an den Gesamtkosten einnehmen: Bei Markentextilien liegt dieser bei ca. 5%; bei der Herstellung von Computerprogrammen oder Musik-CDs ist er sogar noch niedriger.⁷⁶ Die Kosten für die Nachahmung von Halbleitererzeugnissen betragen bisweilen nur 1% der Entwicklungskosten.⁷⁷ Den größten Kostenfaktor, die Invention, spart sich der Imitator. Hinzu kommt das nicht oder nur in sehr geringem Maße bestehende Verwertungsrisiko, welches aus der Unsicherheit der Marktakzeptanz eines Produktes resultiert. Denn nachgeahmt werden nur solche Produkte, die bereits auf dem Markt erfolgreich verkauft werden oder gute Absatzchancen haben. Produktnachahmungen werden aufgrund dieser Strategie der Imitatoren im Gegensatz zu Originalprodukten immer erfolgreich sein, da die Nachfrage gesichert ist.

Durch die genannten deutlichen Einsparungen haben die Nachahmer sehr hohe Gewinnmargen. In Branchen, in welchen die materiellen Kosten für die Herstellung des Produktes wesentlich unter dem Verkaufspreis liegen, sind sie besonders hoch. Oftmals werden Gewinne von über 900% erreicht.⁷⁸ Dieser Wert fällt deutlich höher aus, wenn die Imitate zum Preis des Originals

⁷⁵ Zu den Aufwendungen und Zeitspannen in der Arzneimittelentwicklung vgl. http://www.novartis.de/forschung_entwicklung/anzneimittelentwicklung/index.shtml (Stand: 16.08.2010).

⁷⁶ Range, Produktpiraterie Organisierte Kriminalität, Südostasien 4/2005, S. 4 ff. (5).

⁷⁷ Dreier, Halbleiterschaltkreise, GRUR Int. 1987, S. 645 ff. (645).

⁷⁸ Range, Produktpiraterie Organisierte Kriminalität, Südostasien 4/2005, S. 4 ff. (6). Siehe dazu auch Braun, Produktpiraterie, S. 22.

abgesetzt werden. Die Gewinnmargen sind allerdings in der Regel erheblich niedriger, wenn der Käufer den Umstand der illegalen Nachahmung kennt.

Ursächlich für die grassierenden Produktnachahmungen ist auch die Tatsache, dass das Risiko der Rechtsverfolgung sowohl in den Herkunftsstaaten der Produktnachahmungen als auch in den Zielstaaten insgesamt immer noch verhältnismäßig gering ist: denn die Sanktionen sind oftmals relativ schwach oder aber die vorhandenen Sanktionsmöglichkeiten werden gar nicht angewendet.⁷⁹ Teilweise werden jedoch auch die Möglichkeiten der Rechtserlangung⁸⁰ und der Rechtsverfolgung⁸¹ von den Originalherstellern nicht vollkommen ausgeschöpft.

In Summe lockt also ein hoch profitables Geschäft bei gleichzeitig geringem Risiko. Es ist daher nicht verwunderlich, dass diese Rahmenbedingungen das organisierte Verbrechen anziehen⁸² und durch Imitationen höhere Gewinne erzielt werden als im Drogenhandel: Derzeit erzielt ein Kilogramm nachgeahmter CDs auf dem europäischen Markt 50% mehr als ein Kilogramm Cannabis.⁸³ In Einzelfällen bestehen sogar Verbindungen zum Terrorismus: Analysen des „Terrorism and Political Violence Institutes“ der University of St. Andrews zufolge gelten Produktimitationen als eine der drei wichtigsten Einnahmequellen zur Finanzierung terroristischer Gewaltakte. So wurden vermutlich der erste Anschlag auf das World Trade Center im Jahr 1993 sowie der Bombenanschlag auf die Bahnhöfe in Madrid durch den Verkauf nachgemachter Textilien beziehungsweise Raubkopierter CDs mitfinanziert.⁸⁴

IV. Imitierte Produkte

Kaum ein Produkt, auch aus technisch anspruchsvollen Bereichen, bleibt gegenwärtig von Imitationen verschont.⁸⁵ Die Nachahmungen beschränken

⁷⁹ OECD Studie (Fn. 6), S. 40.

⁸⁰ Vor allem mittelständische Unternehmen lassen ihre Produkte – wenn überhaupt – nur in wenigen Staaten schützen. BT-Drucks. 11/4792, S. 16.

⁸¹ *Von Welser/González*, Marken- und Produktpiraterie, S. 22.

⁸² Vgl. S. 71 ff. der OECD Studie (Fn. 6). Von mafia-ähnlichen Strukturen sprechen in diesem Zusammenhang *Kröger/Bausch*, Produktpiraterie Patentwesen, GRUR 1997, S. 321 ff. (322).

⁸³ So der Kommissionspräsident José Manuel Barroso anlässlich des Global Anti-Counterfeit Summit am 10.03.2008 in Brüssel. Abrufbar unter: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/08/135&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> (Stand: 16.08.2010).

⁸⁴ Vgl. *Range*, Produktpiraterie Organisierte Kriminalität, Südostasien 04/2005, S. 4 ff. (6) und *Naim*, Schwarzbuch Globalisiertes Verbrechen, S. 163 f.

⁸⁵ Bei *Meister* und *Braun* findet sich eine Auflistung der in den 80er und 90er Jahren von Produktpiraterie betroffenen Produkte und Branchen. Vgl. *Meister*,

sich nicht mehr auf modische Luxusartikel, sondern umfassen zunehmend auch Chemikalien und Benzin⁸⁶, Waffen- und Wehrtechnik⁸⁷, alltägliche Lebensmittel⁸⁸, Säuglingsnahrung und Impfstoffe⁸⁹ sowie ganze Maschinen⁹⁰ und Anlagen⁹¹. Jahr um Jahr steigt die Zahl der Produktimitationen beträchtlich an.⁹² Nachgeahmt werden nicht nur die Produkte selbst, sondern auch die Verpackungen, versteckte Kennzeichnungs- und Sicherheitsmarkierungen, technische Datenblätter, Werbemittel, Kataloge, Gebrauchsanweisungen und sogar Prüfsiegel. Die Imitate sind immer häufiger so perfekt, dass sie selbst von Fachleuten nicht mehr vom Original unterschieden werden können.

Besonders kritisch sind daher Nachahmungen potentiell sicherheitsrelevanter Waren. Gerade in diesem Bereich werden jedoch erhebliche Zuwachsraten verzeichnet. Der Anteil der nachgeahmten Flugzeug- und Autoersatzteile am weltweiten Umsatz der jeweiligen Branche liegt bereits bei 10-15%.⁹³ Stark zugenommen hat auch die Zahl der Imitationen im Nahrungsmittelbereich. Allein im Jahr 2007 zogen Zollbeamte in Europa mehr als 5 Millionen nachgeahmte Lebensmittel aus dem Verkehr.⁹⁴ Eine enorme Gesundheitsgefährdung geht insbesondere von Arzneimittelfälschungen⁹⁵

Leistungsschutz, S. 22 ff. und *Braun*, Produktpiraterie, S. 13 f. Zu den aktuell betroffenen Produkten von *Welser/González*, Marken- und Produktpiraterie, S. 19 ff.

⁸⁶ *Fuchs*, Piraten Kopierer, S. 18.

⁸⁷ SZ, Fälscher werden immer dreister, 12.08.2008, S. 17 und *Naim*, Schwarzbuch Globalisiertes Verbrechen, S. 142.

⁸⁸ OECD Studie (Fn. 6), S. 19.

⁸⁹ *Fuchs*, Piraten Kopierer, S. 18.

⁹⁰ Nach einer Umfrage des Verband Deutscher Maschinen- und Anlagenbau e.V. (VDMA) im Jahr 2008 sind bereits 52% der befragten Unternehmen vom Nachbau gesamter Maschinen betroffen. Vgl. VDMA, Produkt- und Markenpiraterie in der Investitionsgüterindustrie 2008. Die Ergebnisse der Studie sind abrufbar unter: <http://www.original-ist-genial.de/home/single-news/article/vdma-studie-beziffert-schaden-auf-7-milliarden-euro.html> (Stand: 16.08.2010).

⁹¹ Exemplarisch sei verwiesen auf 200 nachgeahmte Liftanlagen in China, vgl. *Winkler/Wang*, Produktpiraterie China, S. 116 und auf den Fall der SMS Demag AG, vgl. Handelsblatt, Vier Fragen an Kay Mayland, 04./05./06.07.2008, S. 23.

⁹² OECD Studie (Fn. 6), S. 19.

⁹³ *Harvard Businessmanager*, China, S. 126 und *Käckenhoff*, China, MA 1-2/2005, S. 26 f. (26). Beispiele: Bremsbeläge aus Sägemehl, *Naim*, Schwarzbuch Globalisiertes Verbrechen, S. 155; Helikopterabsturz wegen nachgeahmten Rotorblatts, *Harvard Businessmanager*, China, S. 117 und *Braun*, Produktpiraterie, S. 35; Gefälschtes Kugellager in Formel 1 Fahrzeug, *Fuchs*, Piraten Kopierer, S. 20.

⁹⁴ SZ, Gefälschte Lebensmittel, 17./18.01.2009, S. 13.

⁹⁵ Das Bundeskriminalamt (BKA) hat der Arzneimitteldelikriminalität eine groß angelegte Studie gewidmet. Vgl. Arzneimitteldelikriminalität – ein Wachstumsmarkt, Wiesbaden 2007.

Abzurufen unter: http://www.bka.de/kriminalwissenschaften/veroeff/band/band36/band36_arzneimittel_kriminalitaet.pdf (Stand: 16.08.2010). Ausführliche Darstellungen der Produktpiraterie

aus. Nach Schätzungen der Weltgesundheitsorganisation (WHO) sind weltweit je nach Region zwischen 10% und 30% aller Medikamente gefälscht.⁹⁶ Die EU-Kommission veröffentlichte im Jahr 2008 einen Bericht, wonach ein starker Anstieg bei der Sicherstellung von Produktnachahmungen im Bereich Arzneimittel (51%) verzeichnet werden konnte.⁹⁷ Auch der deutsche Zoll bestätigt diesen Trend: Wurden im Jahr 2005 noch ca. 530.000 gefälschte Tabletten und 14.000 Ampullen gefälschter Arzneimittel sichergestellt, so waren es ein Jahr später bereits zwei Millionen Tabletten und 65.000 Ampullen.⁹⁸ Erst im Dezember 2008 wurden bei einer EU-weit koordinierten Zollaktion 34 Millionen gefälschte Tabletten sichergestellt.⁹⁹ Betrag der Warenwert der beschlagnahmten Medikamente im Jahr 2006 noch 2,5 Millionen Euro, so waren es im Jahr 2008 bereits 9,7 Millionen Euro.¹⁰⁰ Durch Produktnachahmungen leidet die Sicherheit der Verbraucher folglich erheblich.

V. Herkunft und Vertrieb der Imitate

Hergestellt werden die Produktimitationen grundsätzlich in sämtlichen Regionen der Welt, vor allem aber in den Entwicklungs- und Schwellenländern Asiens, in Russland und der Türkei.¹⁰¹ Die nachgeahmten Produkte werden von dort in die internationalen Märkte eingeschleust und weltweit vertrieben.¹⁰² Dabei arbeiten die häufig multinational organisierten

im Pharmabereich und ihrer Schadensquantifizierung finden sich bei *Maul/Maul*, Produktpiraterie Pharmabereich, GRUR 1999, S. 1059 ff. sowie bei *Kröger/Bausch*, Produktpiraterie Patentwesen, GRUR 1997, S. 321 ff.

⁹⁶ WHO Fact Sheet N° 275. Überarbeitete Version vom 14. November 2006. Abrufbar unter: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs275/en/> (Stand: 16.08.2010).

⁹⁷ Report on Community Customs Activities on Counterfeit and Piracy – Results at the European border 2007, S.8. Abrufbar unter: http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/customs/customs_controls/counterfeit_piracy/statistics2007.pdf (Stand: 16.08.2010). Es wurde ebenso eine starke Zunahme der Produktnachahmungen im Bereich Spielzeuge (98%) und Kosmetika (264%) festgestellt.

⁹⁸ SZ, Gefälschte Potenz, 13.03.2008, S. 19.

⁹⁹ SZ Online, Fälscher lieben Viagra, 17.09.2009. Abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/491/487893/text/> (Stand: 16.08.2010).

¹⁰⁰ Die Bundeszollverwaltung – Jahresstatistik 2008, S. 15. Abrufbar unter: http://www.zoll.de/e0_downloads/d0_veroeffentlichungen/jahresstatistik_2008.pdf (Stand: 16.08.2010).

¹⁰¹ OECD Studie (Fn. 6), S. 62 ff.

¹⁰² Ausführlich zu Herstellung und Vertrieb von Produktnachahmungen vgl. *Braun*, Produktpiraterie, S. 24 ff. und *Blume*, Produktpiraterie Ausmaß, S. 18 ff. *Von Welsler/González* erläutern näher, auf welche Produkte sich einige Herstellerländer spezialisiert haben und auf welche Weise diese vertrieben werden. *Von Welsler/González*, Marken- und Produktpiraterie, S. 29 ff. Die wichtigsten

Hersteller mit hoher krimineller Energie und nutzen komplexe Vertriebsnetze¹⁰³, die kaum zu durchdringen und für die Händler in den Zielländern der Imitate nur schwer nachzuvollziehen sind. Dies führt dazu, dass Produktnachahmungen, die lange Zeit Teil der Schattenwirtschaft waren, zunehmend in den regulären Handel geraten und damit auch in Einzelhandelsregalen zu finden sind.

VI. Einflussfaktoren der Produktimitation

Die Herstellung und der Vertrieb von Produktnachahmungen werden heute durch die folgenden Einflussfaktoren begünstigt:

1. Hochentwickelte Reproduktionstechniken

Erstens haben sich die Reproduktionstechniken deutlich weiterentwickelt – man denke nur an Laserdrucker, Scanner, CD-/DVD-Brenner und CAD Software. Originalprodukte können dadurch wesentlich einfacher und schneller nachgeahmt werden. Mit Hilfe der modernen Techniken ist es zudem möglich die Imitate in sehr großen Stückzahlen herzustellen. Das Kostengefälle hat sich auf diese Weise stark vergrößert, so dass das Imitieren wesentlich billiger geworden ist. Für Nachahmer früherer Jahrzehnte und Jahrhunderte war die Herstellung einer Kopie hingegen noch annähernd genauso teuer wie die Herstellung des Originals.¹⁰⁴ Zugleich werden die Nachahmungen durch die neuen Techniken wesentlich professioneller und erreichen immer häufiger die Qualität des Originalprodukts. Die Imitatoren profitieren damit erheblich von den verbesserten und verbilligten technischen Reproduktionsmöglichkeiten.

2. Fortgeschrittene Informations- und Kommunikationstechnologien

Zweitens steht den Nachahmern seit Mitte der 90er Jahre ein neuer Handelsplatz für ihre Waren zur Verfügung. Mit bald 1,5 Milliarden¹⁰⁵ Nutzern eröffnet das Internet auch den Imitatoren weltweite Absatz- und Bezugsmöglichkeiten. Der internationale Warenaustausch ist deutlich schneller und einfacher geworden. Staatsgrenzen und Entfernungen spielen

Absatzregionen einzelner Produkte werden in der OECD Studie (Fn. 6) aufgeführt, S. 65.

¹⁰³ Zu den Organisationsstrukturen der Imitatoren vgl. *von Welser/González*, Marken- und Produktpiraterie, S. 43 ff.

¹⁰⁴ *Jahn*, Moderne Piraten, WRP 1988, S. 413 ff. (414).

¹⁰⁵ SZ, Goethes Erben, 15.07.2008, S. 17.

nur noch eine untergeordnete Rolle. Schätzungen zufolge werden im Internet pro Jahr Imitate im Wert von 25 Milliarden Dollar verkauft.¹⁰⁶ Größter Marktplatz für Produktnachahmungen sind Internet-Auktionsforen. Bei hochpreisigen Modeartikeln oder Herrendüften, die beispielsweise über eBay angeboten werden, liegt die Fälschungsquote bei bis zu 90%¹⁰⁷ respektive 80%¹⁰⁸.

Das Internet ist vor allem auch Vertriebsplattform für gefälschte Arzneimittel. Vertrieben werden hier insbesondere sogenannte Lifestyle-Medikamente. Dies sind modeabhängige Lebensgenussmedikamente, die primär nicht der Bekämpfung einer Erkrankung dienen. Sie sollen das Wohlbefinden oder die körperliche Leistungsfähigkeit verbessern. Es handelt sich dabei mitunter um Appetitzügler, Nahrungsergänzungsmittel, leistungssteigernde Präparate für Sportler oder Potenzmittel. Experten des BKA schätzen, dass im Onlinehandel mit Potenzmitteln bis zu 50% der angebotenen Medikamente gefälscht sind.¹⁰⁹ Da Erwerb und Konsum einer Vielzahl solcher Präparate ein Tabu darstellen, bietet sich die Flucht in die Anonymität des Handelsplatzes Internet geradezu an.¹¹⁰

Gleichzeitig erschwert das Internet die Rückverfolgungsmöglichkeiten zum Produktionsort und zu den Herstellern der Imitate: Potentielle Rechtsverletzer können ihre Herkunft verschleiern, indem sie ihre Daten durch dynamische IP-Adressen (Internetprotokoll-Adressen) oder über FTP-Server (File Transfer Protocol Server) austauschen. Den einer IP-Adresse zugehörigen Anschluss kennt jedoch nur der Zugangsvermittler. Bislang ist dieser allerdings nicht in jedem Land zur Herausgabe der Kundendaten verpflichtet. Für den geschädigten Originalhersteller ist es daher besonders schwer, an potentielle Rechtsverletzer heranzukommen. Dadurch entsteht faktisch

¹⁰⁶ Naim, Schwarzbuch Globalisiertes Verbrechen, S. 146.

¹⁰⁷ Der Handel 12/2007, S. 74 ff. (74).

¹⁰⁸ SZ, Fälscher werden immer dreister, 12.08.2008, S. 17. Zu den Maßnahmen, die das Unternehmen eBay gegen Produktimitationen ergreift, und den Verbesserungsvorschlägen des Unternehmens für den rechtlichen Rahmen im Online-Handel vgl. Osthaus, Piracy eBay Strategy, GRUR Int. 2007, S. 644 ff.

¹⁰⁹ SZ, Gefälscht wird, was schöner und stärker macht, 06.10.2008, S. 24.

¹¹⁰ Nach Schätzungen des BKA liegt der Anteil der in Apotheken angebotenen Arzneimittelfälschungen unter 1%. SZ, Gefälschte Potenz, 13.03.2008, S. 19. S. a. WHO Fact Sheet N° 275. Überarbeitete Version vom 14. November 2006. Abrufbar unter: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs275/en/> (Stand: 16.08.2010).

teilweise ein rechtsfreier Raum, der das Internet zum optimalen Handelsplatz für Produktnachahmungen macht.¹¹¹

Nicht zuletzt findet durch das Internet ein reger transkontinentaler Wissensaustausch statt. Dank der globalen Vernetzung ist wertvolles Wissen an jedem Ort und zu jeder Zeit abrufbar. So können beispielsweise die Patentdatenbanken der Patentämter von jedermann im Netz eingesehen werden. Sie ermöglichen den Zugriff auf ca. 85 bis 90% des weltweit vorhandenen technologischen Wissens.¹¹² Nicht nur Erfinder, sondern auch Imitatoren nutzen diese Wissensquelle für Ihre Zwecke: Schon mehrfach dienten die in den Patentdatenbanken veröffentlichten Patentanmeldungen als Vorlage für die Herstellung von Imitaten.¹¹³

3. Globalisierter Handel

Drittens haben die soeben erwähnten Fortschritte in der Informations- und Kommunikationstechnologie die technische Infrastruktur für eine immer weiter voranschreitende Verflechtung nationaler Wirtschaftsräume geschaffen. Produktimitationen können dadurch heute sehr einfach global gehandelt werden. Darüber hinaus erleichtern internationale Freihandelsabkommen und der Wegfall der zahlreichen Binnengrenzen auf dem europäischen Kontinent sowie der Zusammenbruch der politischen Systeme in Mittel- und Osteuropa den transnationalen Warenaustausch mit Produktnachahmungen.

Multinational organisierte Unternehmen verlagern zudem vermehrt einzelne Prozesse ihrer Wertschöpfungskette (insbesondere die Produktion) in Billiglohnländer. Dadurch ermöglichen sie den Produktimitatoren das Wissen und die Fertigkeiten, um die Produkte möglichst originalgetreu nachzuahmen, im Inland zu erwerben: Hier stellt sich die Überwachung der Produktionsanlagen und der Mitarbeiter jedoch oftmals als sehr schwierig dar. Auch muss mit unzureichendem Rechtsschutz gerechnet werden. Die

¹¹¹ In Deutschland soll hier das Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des Geistigen Eigentums Abhilfe schaffen. Vgl. Kapitel 3 B II 2.

¹¹² Jürgen Schade, ehemaliger Präsident des Deutschen Patent- und Markenamtes (DPMA), in einer Rede über die Bedeutung des gewerblichen Rechtsschutzes für kleine und mittelständische Unternehmen im Jahr 2001. Abrufbar unter: <http://presse.dpma.de/dpma/interviewsundreden/reden/reden2001/herrenabendbankhauslampe/index.html> (Stand: 16.08.2010).

¹¹³ Von Welser/González, Marken- und Produktpiraterie, S. 203. Vor allem aus China ist bekannt, dass die Patentdatenbanken gezielt durchforstet werden. Der Spiegel, Das Prinzip Sandkorn, 27.08.2007, S. 18 ff. (24).

Imitatoren haben daher bei der Produktion im eigenen Land und dem Export leichtes Spiel.

Ebenso nutzen Imitatoren heutzutage die weltweit arbeitsteilige Wirtschaft. Sie produzieren dort, wo Arbeitskraft und Material billig sind. Vor allem wenn die Nachahmung der Ware arbeitsintensiv ist, wird in Ländern produziert, die ein niedriges Lohnniveau haben. Die internationale Verflechtung der Märkte intensiviert den Wettbewerb damit auch in der „Imitationsbranche“.

VII. Folgen der Produktimitation

1. Für Unternehmen

Da meist mehrere Imitatoren die Produkte eines Originalherstellers nachahmen, entstehen schnell große Zweitmärkte mit Produktimitationen, welche in der Regel zu niedrigeren Preisen als die Originalprodukte verkauft werden. Dies hat zwei Effekte: Zum einen reduziert sich bei gegebener Nachfrage das Absatzpotential der Originalhersteller, da zahlreiche Verbraucher statt des (teureren) Originals eine (billigere) Nachahmung erwerben. Zum anderen wird durch die Verfügbarkeit günstigerer Alternativen zum Originalprodukt häufig die Gesamtnachfrage nach einem bestimmten Produkt gesteigert, von der jedoch der Originalhersteller nicht profitiert.

Originalhersteller büßen folglich in erheblichem Maße Marktanteile ein. Dies verursacht hohe Umsatz- und Gewinneinbußen: Im Jahr 2003 entstanden der Pharmaindustrie durch Arzneimittelfälschungen Schäden in Höhe von ca. 32 Milliarden Dollar.¹¹⁴ Bis zum Jahr 2010 wird dieser Betrag vermutlich auf 75 Milliarden Dollar anwachsen.¹¹⁵ Die Konsumgüterbranche büßt nach Berechnungen von Ernst & Young aus dem Jahr 2008 europaweit jährlich 35 Milliarden Euro an Umsatz ein.¹¹⁶ Für den deutschen Maschinen- und Anlagenbau wird der Schaden im Jahr 2007 auf 7 Milliarden Euro geschätzt.¹¹⁷

¹¹⁴ WHO Fact Sheet N° 275, November 2003. Abrufbar unter: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/2003/fs275/en/> (Stand: 16.08.2010).

¹¹⁵ WHO Fact Sheet N° 275, überarbeitete Version vom 14. November 2006. Abrufbar unter: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs275/en/> (Stand: 16.08.2010).

¹¹⁶ Vgl. die Ernst & Young Studie „Piraten des 21. Jahrhunderts - Angriff auf die Konsumgüterindustrie“ 2008, S. 9. Abrufbar unter: [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Piraten_des_21._Jahrhunderts/\\$FILE/Ernst%20&%20Young_Studie%20Markenpiraterie%202008.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Piraten_des_21._Jahrhunderts/$FILE/Ernst%20&%20Young_Studie%20Markenpiraterie%202008.pdf) (Stand: 16.08.2010).

¹¹⁷ Vgl. die VDMA Studie (Fn. 90).

Deutlich werden die Folgen der Produktnachahmungen für Unternehmen nicht nur anhand der Schäden für unterschiedliche Branchen¹¹⁸, sondern auch bei der Betrachtung der Folgen für einzelne Unternehmen: So geht der Sportartikelhersteller Adidas davon aus, dass das Unternehmen durch Produktimitationen pro Jahr 100 Millionen Euro an Umsatz einbüßt.¹¹⁹ Nach Angaben des Antennenherstellers Kathrein hat dieser bereits mehrfach Aufträge für die Ausstattung ganzer Mobilfunknetze an Nachahmer verloren. Dadurch entstand jeweils ein Schaden von 5 bis 10 Millionen Euro.¹²⁰ Die Firma Victorinox lieferte im Jahr 1985 in etwa 3,5 Millionen Stück der bekannten Offiziersmesser in die Vereinigten Staaten. Zur selben Zeit zählte man dort 800.000 Nachahmungen des Messers von chinesischen Imitatoren. Bis zum Jahr 2002 konnte das Schweizer Unternehmen den Export des Taschenmessers nach Amerika verdoppeln. Die chinesischen Fälscher lieferten dann allerdings bereits 64 Millionen Imitate.¹²¹ Bei den genannten Zahlen ist jedoch zu berücksichtigen, dass sich der tatsächliche Schaden für das einzelne Unternehmen häufig nur sehr schwer berechnen lässt, da er von zahlreichen Einzelfaktoren abhängt.¹²² Angaben von Unternehmen sind zudem oftmals eher politisch motivierte Schätzungen. Auch die OECD bestätigt, dass die betroffenen Unternehmen zu Übertreibungen neigen.¹²³

Durch die Umsatz- und Gewinneinbußen amortisieren sich die oftmals sehr hohen Investitionen des Originalherstellers in Forschung und Entwicklung (F&E) nicht mehr vollständig. Erschwerend kommt hinzu, dass sogar die modernsten und technisch anspruchsvollsten Produkte heute sehr zeitnah kopiert werden.¹²⁴ Dies reduziert den Wettbewerbsvorsprung des Originalherstellers auf ein Minimum. Die Tatsache, dass sämtliche Entwicklungen ohnehin wieder imitiert werden und sich die Früchte der F&E-Tätigkeit am Markt nicht ernten lassen, kann auf lange Sicht die Investitions-

¹¹⁸ Zu den Schäden in einzelnen Branchen vgl. *Fuchs*, Piraten Kopierer, S. 44 ff.

¹¹⁹ *Fuchs*, Piraten Kopierer, S. 19.

¹²⁰ FAZ, Chinas Fälscher werden immer dreister – und besser, 28.08.2008, S. 13.

¹²¹ SZ, Das Kreuz mit der Klinge, 07.03.2008, S. 11.

¹²² In dieser Weise äußerte sich beispielsweise auch der Stabilo-Chef Schwanhäuser in einem Interview. SZ, Der falsche Boss, 07.08.2008, S. 17.

¹²³ *Klopschinski*, ACTA, GRUR Int. 2008, S. 783.

¹²⁴ Pünktlich zur Internationalen Funkausstellung in Berlin im letzten Jahr kamen in Europa ca. 6.000 nachgemachte topmoderne HDTV-Receiver der Firma Kathrein auf den Markt. Dies entspricht einem Zehntel der regulären Jahresproduktion des Unternehmens. FAZ, Chinas Fälscher werden immer dreister - und besser, 28.08.2008, S. 13.

und Innovationsbereitschaft von Unternehmen bremsen.¹²⁵ Für rohstoffarme Länder und wissensbasierte Gesellschaften wie die Bundesrepublik Deutschland wäre dies fatal, sind sie doch in besonderem Maße auf Innovationen angewiesen, um wettbewerbsfähig zu bleiben.

Originalhersteller erleiden darüber hinaus weitere mittelbare Folgen¹²⁶, wie etwa Exklusivitäts-¹²⁷ und Imageverluste: Im bereits erwähnten Tchibo/Rolex-Fall¹²⁸ verkaufte das Unternehmen Tchibo in Deutschland im Jahr 1990 innerhalb von 9 Tagen rund 500.000 Uhren, die Rolex-Uhren ähnelten. Zur Erhaltung der Exklusivität verkauft Rolex allerdings selbst pro Jahr weltweit nur in etwa die gleiche Menge. Zudem besteht die Gefahr eines Schadensersatz- oder Produkthaftungsprozesses für Schäden, die durch vermeintliche Originalprodukte entstehen.

2. Für Volkswirtschaften

Die Nachahmungen untergraben letztlich die ökonomische Nachhaltigkeit in zahllosen Wirtschaftsbereichen. Dies führt zu volkswirtschaftlichen¹²⁹ Schäden durch Arbeitsplatzverluste, Steuerausfälle und entgangene Sozialabgaben. Nach Schätzungen der Bundesregierung aus dem Jahr 2007 verursachen die Produktnachahmungen Einbußen in Höhe von 25 Milliarden Euro für die deutsche Wirtschaft und 120 Milliarden Euro für die Weltwirtschaft.¹³⁰ Zu einem anderen Ergebnis kommt eine aktuelle Studie des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie. Sie beziffert den Schaden allein für das verarbeitende Gewerbe in Deutschland auf 50 Milliarden Euro.¹³¹ Die OECD schätzt in einer Studie aus dem Jahr 2008 das

¹²⁵ Aktuell gibt es allerdings keine Forschungsarbeiten über das Verhältnis von steigenden Produktnachahmungen und Innovationstätigkeit. Auch die OECD formuliert in dieser zentralen Frage sehr vorsichtig. Vgl. OECD Studie (Fn. 6), S. 105 f.

¹²⁶ Zu den mittelbaren Folgen für Unternehmen *Wildemann et al.*, Plagiatschutz, S. 6 f.

¹²⁷ *Maul/Maul*, Produktpiraterie Pharmabereich, GRUR 1999, S. 1059 ff. (1060).

¹²⁸ Vgl. Fn. 18.

¹²⁹ Eine detaillierte Darstellung der Auswirkungen auf Volkswirtschaften findet sich in der aktuellen Frontier Studie „The Impact of Counterfeiting on Governments and Consumers“, Mai 2009, S. 3 f. und 7 ff. und bei Harte-Bavendamm/*Harte-Bavendamm*, Handbuch Markenpiraterie, § 1 Rn. 24 ff. Die Frontier Studie ist abrufbar unter:
<http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/BASCAP/Pages/Impact%20of%20Counterfeiting%20on%20Governments%20and%20Consumers%20-%20Exec%20Summary.pdf>
(Stand: 16.08.2010).

¹³⁰ e.conomy, Bündnis gegen Produktpiraterie, Nr. 046 05/2007.

¹³¹ Vgl. den Forschungsbericht „Die volkswirtschaftliche Bedeutung Geistigen Eigentums und dessen Schutzes mit Fokus auf den Mittelstand“, Februar 2009, S. 9. Abrufbar unter: <http://www.bmwi.de/Dateien/Patentserver/PDF/volkswirtschaftliche->

Volumen der international gehandelten Produktnachahmungen im Jahr 2005 auf 200 Milliarden Dollar.¹³² Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die Studie keine Imitate erfasst, die im Inland hergestellt und konsumiert werden. Gerade der Binnenhandel mit Nachahmungen ist jedoch beträchtlich.¹³³ Bei Hinzurechnung dieser Waren ist von einer deutlichen Vergrößerung des Gesamtvolumens auszugehen. Dies erklärt unter Umständen, weshalb die ICC im Jahr 2007 von einem Schaden in Höhe von 600 Milliarden Dollar ausgeht.¹³⁴ Die Bandbreite der Hochrechnungen bewegt sich also zwischen 1,3% und 4,4% des Welthandelsvolumens.¹³⁵ Führt man sich vor Augen, dass die weltweiten Verluste durch Imitationen vor 20 Jahren etwa 5 Milliarden Dollar¹³⁶ betragen, so wird offensichtlich, wie stark der Handel mit Produktimitationen floriert.

Wirklich präzise Angaben über die volkswirtschaftlichen Schäden sind naturgemäß jedoch nicht möglich. Es handelt sich um Schätzungen mit einer hohen Dunkelziffer, da das Geschäft mit den Produktnachahmungen nur in sehr begrenztem Umfang messbar ist. Wie hoch die Dunkelziffer möglicherweise ist, verdeutlicht folgendes Zahlenbeispiel: Die Anzahl der beschlagnahmten Produktimitationen stieg in Deutschland von 2005 bis 2006 von 15 Millionen auf über 150 Millionen.¹³⁷

[bedeutung-geistigen-eigentums-
endbericht,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf](#)

(Stand:

16.08.2010).

¹³² Dabei handelt es sich um schutzrechtsverletzende Produktnachahmungen. S. 13 der OECD Studie (Fn. 6).

¹³³ S. 77 der OECD Studie (Fn. 6).

¹³⁴ Vgl. die Pressemitteilung von BASCAP vom 25.05.2007. Abrufbar unter: <http://www.iccwbo.org/bascap/iccbdga/index.html> (Stand: 16.08.2010).

¹³⁵ Das Welthandelsvolumen lag im Jahr 2007 bei 13.619 Milliarden US-Dollar. Vgl. WTO International Trade Statistics 2008, S. 9. Angenommen wurde ein Wechselkurs von 1 USD = 0,66 Euro. Die OECD ging in früheren Studien von 5-7% des Welthandelsvolumens aus, hat dies allerdings bereits in einer Vorveröffentlichung der aktuellen Studie (Fn. 6) aus dem Jahr 2007 deutlich nach unten korrigiert. Vgl. den Bericht "Preliminary Findings of the OECD Study "The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy" 2007", S. 5 f. Abrufbar unter: <http://www.oecd.org/dataoecd/12/7/38015608.pdf> (Stand: 16.08.2010). Auf S. 77 ff. der aktuellen OECD Studie (Fn. 6) wird ebenso näher auf die Berechnungen zum Anteil am Welthandelsvolumen eingegangen.

¹³⁶ Naim, Schwarzbuch Globalisiertes Verbrechen, S. 145.

¹³⁷ SZ, Die Verbraucher riskieren Leib und Leben, 06./07.06.2007, S. 25.

VIII. Länderübergreifende Anstrengungen zur Bekämpfung von Produktimitationen notwendig

Hochentwickelte Reproduktionsmethoden, fortgeschrittene Informations- und Kommunikationstechnologien sowie der globalisierte Handel eröffnen der Wirtschaft Chancen. Sie stellen sie aber gleichzeitig vor neue Herausforderungen und tragen dazu bei, dass sich Produktimitationen zu einem gravierenden und akuten weltweiten Problem mit erheblichem Gefährdungspotential für die Sicherheit und die Gesundheit der Menschen in sämtlichen Ländern entwickelt haben. Originalherstellern wie Volkswirtschaften entstehen dadurch massive Schäden. Die Imitation von Produkten hat damit heute eine weltweite Dynamik erreicht, der nur mit größten, länderübergreifenden Anstrengungen beizukommen ist. Der Verweis auf die Tatsache, dass es Nachahmer schon immer gegeben habe und dies von der innovativen Industrie und den Volkswirtschaften noch stets verkraftet wurde, ist so heute nicht mehr zulässig.¹³⁸

D. Vorgehen gegen sämtliche Formen der Produktimitation?

Vor diesem Hintergrund ist unstrittig, dass gegen die Nachahmung von Produkten vorgegangen werden muss. Offen ist allerdings, gegen welche Form(en) der Produktimitation vorzugehen ist. Hierzu werden im Folgenden die Auswirkungen der Nachahmung von Produkten im marktwirtschaftlichen System betrachtet.

I. Produktimitationen im Wettbewerb

Ein marktwirtschaftliches System ist durch Wettbewerb gekennzeichnet. Zu seinen Zielfunktionen gehören die Bestimmung der Angebots- und Nachfragestruktur, die Fortschrittsstimulation sowie die optimale Allokation der Produktionsfaktoren.¹³⁹ Zudem sollen Monopole verhindert werden, um Marktverzerrungen zu vermeiden. Nach dem „neoklassisch“-dynamischen Konzept des freien Wettbewerbs¹⁴⁰ werden diese Zielfunktionen durch die Wettbewerbsfreiheit erlangt. Wettbewerbsfreiheit ist die Freiheit aller, am

¹³⁸ So bereits *Jahn*, *Moderne Piraten*, WRP 1988, S. 413 ff. (414).

¹³⁹ *Knieps*, *Wettbewerbsökonomie*, S. 4. und *Beater*, *Unlauterer Wettbewerb*, S. 37 ff.

¹⁴⁰ Die Analyse tatsächlicher Wettbewerbsprozesse durch die Wissenschaft führte weniger zur Ausprägung einer einheitlichen Theorie denn zu unterschiedlichen Schulen. Die Theorie vom dynamischen Wettbewerbskonzept ist heute herrschend. Vgl. mit zahlreichen Nachweisen *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Schünemann*, *UWG*, § 1 Rn. 39 und *Fock*, *Unmittelbarer Leistungsschutz*, S. 56.

Marktgeschehen teilzunehmen. Sie ist geprägt vom Wettbewerb in wirtschaftlicher Selbstbestimmung und wird durch Art. 2 I GG garantiert.¹⁴¹

1. Freiheit zu innovatorischem und imitatorischem Wettbewerb

Von der Wettbewerbsfreiheit wird die sogenannte Angebotsfreiheit umfasst.¹⁴² Diese beinhaltet insbesondere die Freiheit zum vorstoßenden (innovatorischen) Wettbewerb, also die Freiheit zur Initiative, zur Schaffung neuer Märkte und neuer Güter. Der permanente Versuch eines Marktteilnehmers, leistungsfähiger als die Konkurrenz zu sein, erfordert neue, innovative Produkte, um einen Vorsprung im Wettbewerb zu erhalten. Unternehmen bemühen sich also um Innovationen, weil diese nachhaltige Wettbewerbsvorteile schaffen können. Von einer erfolgreichen Innovation kann ein Unternehmen unter Umständen lange profitieren. Die Konkurrenz kämpft naturgemäß darum, den Innovationsvorsprung des Wettbewerbers zumindest zu verringern, indem sie ebenfalls Innovationen anstrebt. Die Wettbewerbsfreiheit äußert sich hier letztlich im Innovationswettbewerb. Der Wettbewerb zwischen den Innovatoren soll dazu verhelfen, Wettbewerbspreise zu bilden, die Leistung zu steigern und Fortschritte zu bewirken.¹⁴³

Die Wettbewerbsfreiheit umfasst ebenso die Freiheit zum nachfolgenden (imitatorischen) Wettbewerb. Sie „soll eine Erstarrung der Fortentwicklung verhindern“ und „beruht auf der Erwägung, dass Leistungen der Gegenwart ohnehin auf dem Erbe der Vergangenheit aufbauen und dass ein Gewerbetreibender, der ein Wettbewerbserzeugnis auf den Markt bringen will, den bereits erreichten Entwicklungsstand und eine günstige Marktnachfrage seinerseits nicht ungenutzt zu lassen braucht“¹⁴⁴. Letztlich muss niemand das Rad neu erfinden. So gehört es zum Alltag eines jeden Gewerbetreibenden, sich am Konkurrenten zu orientieren. Darüber hinaus beteiligen sich Imitatoren durch die Nachahmungen an der Diffusion der Innovation am Markt. Sie sorgen dafür, dass die Neuerungen preisgünstig breiten Bevölkerungsschichten zugänglich gemacht werden und so die Vorteile der Innovation sämtlichen Nachfragern zu Gute kommen. Dies zeigt, dass Unternehmer eigentlich eine Doppelfunktion innehaben: Zum einen

¹⁴¹ Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Sambuc*, UWG, § 4 Nr. 9 Rn. 14.

¹⁴² Fezer/Fezer, Lauterkeitsrecht, Einleitung E Rn. 77.

¹⁴³ Zu diesem Abschnitt: *Hoppmann*, Wettbewerbsintensität, in: Nationalökonomie, S. 286 ff. (289).

¹⁴⁴ BGH GRUR 1969, S. 618 ff. (619) – Kunststoffzähne. S. a. BGH GRUR 2002, S. 275 ff. (276) - Noppenbahnen.

sollen sie Innovationen hervorbringen. Zum anderen sollen sie sich durch Imitation an einer Verbreitung der Innovation am Markt beteiligen.

2. Verhältnis von innovatorischem und imitatorischem Wettbewerb

Für Originalhersteller wäre es aus betriebswirtschaftlicher Perspektive sicherlich wünschenswert, jegliche Nachahmungen ihrer Produkte untersagen zu können. Damit bliebe, sofern keine Nachfrageelastizität besteht, die eigene Marktposition erhalten und gleichzeitig könnten die Innovationskosten mit größter Sicherheit amortisiert oder gar überkompensiert werden. Diese Sichtweise verkennt allerdings, dass aus wettbewerbstheoretischer Sicht die Imitation eines Produkts ein gleichermaßen unentbehrliches Phänomen des Wettbewerbs ist wie der innovative Vorstoß des schöpferischen Unternehmers selbst: Beide sind gleichwertige Elemente des funktionierenden Wettbewerbs.¹⁴⁵ Man kann daher aus volkswirtschaftlicher Sicht nicht sagen, dass Innovationswettbewerb grundsätzlich gut und Imitationswettbewerb grundsätzlich schlecht ist. Gerade das Wechselspiel zwischen Innovation und Imitation bildet die Triebkraft des Wettbewerbs.¹⁴⁶

Ein generelles Verbot der Nachahmung von Produkten ist aus wettbewerbspolitischer Sicht nicht wünschenswert, da es den Imitations- und damit den Preiswettbewerb beeinträchtigt.¹⁴⁷ Wie die volkswirtschaftliche Literatur zeigt, führen Monopole im statischen Fall immer zu einem Wohlfahrtsverlust.¹⁴⁸ Zwar verstärken solche Handlungsbeschränkungen die Intensität des Wettbewerbs unter Innovatoren und damit grundsätzlich die Bemühungen um Innovationen. Langfristig gesehen könnte ein solches Verbot jedoch dazu führen, dass sich die Marktteilnehmer unter den zahlreichen Neuheiten nicht mehr zurechtfinden. Zudem würde es höhere Preise für die Konsumenten nach sich ziehen. Die Durchsetzung einer Neuerung auf dem Markt wäre so teuer, dass der Anreiz zur Invention, damit auch zur Innovation und folglich die Anzahl der Innovationen zurückgehen

¹⁴⁵ Gloy/Loschelder/Eck, Handbuch Wettbewerbsrecht, § 22 Rn. 12.

¹⁴⁶ Schumpeter, Kapitalismus, S. 134 ff.

¹⁴⁷ Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 4 Rn. 9.3.

¹⁴⁸ Varian, Microeconomics, S. 424 ff.

könnte.¹⁴⁹ Ohne das Korrektiv der Nachahmung, welche die besten Leistungen selektiert, würde der Fortschritt behindert.

Aus gesamtwirtschaftlicher Sicht wäre es umgekehrt sehr bedenklich, die Vermarktung von Nachahmungsprodukten unbeschränkt zuzulassen, da auf diese Weise der Innovationswettbewerb und damit gleichzeitig die Fortschrittsfunktion des Wettbewerbs gefährdet würden.¹⁵⁰ Innovative Unternehmen könnten die Innovationskosten nicht mehr erwirtschaften und müssten sich die Früchte ihrer Arbeit mit den Imitatoren teilen, sofern sie nicht permanent neue Innovationen durchsetzen. Der Anreiz und damit auch die Bereitschaft zur Innovation würden geschwächt. Der Nachahmer verlöre letztlich den Innovator, müsste schließlich eigene Innovationen hervorbringen und würde später selbst imitiert. Zumindest die Zahl der Innovationen ginge deutlich zurück. Gleichzeitig käme es aber auch zu einem Rückgang der Nachahmungen, da es keine neuen Innovationen gäbe, die imitiert werden könnten.

Ein Zuwenig an Nachahmungen kann damit ebenso schädlich sein wie ein Zuviel. Daher müssen Bedingungen für eine ausgewogene Intensität zwischen imitatorischem und innovatorischem Wettbewerb gefunden werden, denn nur das optimale Verhältnis von Imitation und Innovation führt zu maximaler Effizienz. Der Wettbewerb wird als optimal bezeichnet, wenn er zum einen genügend Anreize für Produktinnovationen liefert und zum anderen der Konkurrenz genügend Möglichkeiten gibt, billiger anzubieten und so die Vorteile der Innovation den Verbrauchern zukommen zu lassen.¹⁵¹

II. Einschränkung der Freiheit zu imitatorischem Wettbewerb

Produktimitationen sind aus wirtschaftstheoretischer Sicht folglich grundsätzlich erwünscht. Gleichwohl muss die Intensität des Imitationswettbewerbs und damit letztlich die Wettbewerbsfreiheit beschränkt werden, um die Funktionsfähigkeit des marktwirtschaftlichen Systems nicht zu gefährden. Die aus ökonomischer Perspektive erforderliche Einschränkung der Freiheit zu imitatorischem Wettbewerb wird mit Hilfe des Rechts umgesetzt. Es schafft die nötigen Rahmenbedingungen für die volle Entfaltung und Erhaltung des Wettbewerbs und legt fest, in welchen Fällen

¹⁴⁹ *Albach*, Imitatorischer Wettbewerb, in: Neuorientierung Wettbewerbsschutz, S. 95 ff. (100).

¹⁵⁰ Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 4 Rn. 9.3.

¹⁵¹ *Albach*, Imitatorischer Wettbewerb, in: Neuorientierung Wettbewerbsschutz, S. 95 ff. (99 f.).

Produkte vor Nachahmung geschützt werden. Die Betrachtung konzentriert sich zunächst auf das deutsche Recht, widmet sich aber im Anschluss den Bestimmungen auf internationaler Ebene.

1. Auf nationaler Ebene

In Deutschland werden Produkte durch die Rechte des Geistigen Eigentums und den ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz vor Nachahmungen geschützt.

(a) Rechte des Geistigen Eigentums

(aa) Geschützte Leistungen

Die Rechte des Geistigen Eigentums sind Teil der Rechtsgebiete Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Der Gewerbliche Rechtsschutz schützt geistige Leistungen¹⁵² auf dem gewerblichen Gebiet. Im Fokus steht hier der technisch-wirtschaftliche Bereich.¹⁵³ Umgesetzt wird dieser Rechtsschutz durch das Patent- und Gebrauchsmusterrecht (technische Erfindungen), das Geschmacksmusterrecht (Leistungen im Bereich des Designs) und das Markenrecht (Kennzeichen).¹⁵⁴ Das Urheberrecht schützt nach traditionellem Verständnis hingegen gerade keine geistigen Leistungen auf dem gewerblichen Gebiet, sondern solche, die dem Bereich des Kulturschaffens¹⁵⁵ zuzuordnen sind. Die vom Urheberrechtsschutz erfassten Werke (wie zum Beispiel Musik, Texte und Filme) sind heute allerdings der weltweiten Vernetzung durch Computer und fortwährend verbesserten digitalen Reproduktionstechniken ausgesetzt. Die technischen Entwicklungen führten daher zur immer stärkeren Ausrichtung des Urheberrechts auf den Schutz technischer Leistungen, weshalb die Schutzgegenstände des Urheberrechts im Laufe der Zeit nach und nach eine

¹⁵² Häufig wird auch der Begriff des Leistungsergebnisses gebraucht, um deutlich zu machen, dass nicht der Schaffensprozess an sich angesprochen wird, sondern das Ergebnis desselben. Vgl. *Pierson et al.*, Geistiges Eigentum, S. 27. Da es auf diese Differenzierung im vorliegenden Zusammenhang nicht ankommt, wird ausschließlich der Begriff der Leistung verwendet. Im Markenrecht wird im Unterschied zu den anderen gewerblichen Schutzrechten nicht an ein Leistungsergebnis, sondern an ein Leistungssymbol und seine Fähigkeit, Waren und Dienstleistungen zu unterscheiden angeknüpft. Durch die Marke wird eine unternehmerische Leistung geschützt und dem Schöpfer zugeordnet, die dem Verbraucher Orientierung bietet und Qualität garantiert. Vgl. *Troller*, Immaterialgüterrecht I, § 5 III.

¹⁵³ *Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 3.

¹⁵⁴ Zu den Schutzrechten zählen ferner das Sortenschutz- und Halbleiterschutzrecht. Zur Vereinfachung wird im Folgenden allerdings nur auf die genannten Schutzrechte eingegangen. Die Betrachtung des Markenrechts beschränkt sich auf die Marke selbst.

¹⁵⁵ *Pierson et al.*, Geistiges Eigentum, S. 261.

„Technisierung“ erfuhren (vgl. den Schutz von Computerprogrammen und Datenbanken §§ 69a ff. und 87a ff. UrhG). Die Unterscheidung zwischen dem gewerblichen Rechtsschutz und dem Urheberrecht wurde dadurch weitgehend verwischt.¹⁵⁶

Soweit eine geistige Leistung dem Gesetzgeber schutzwürdig erscheint, stellt er den Katalog der geistigen Eigentumsrechte zur Verfügung. Nicht alle immateriellen Güter, die den genannten Kategorien von Schaffensergebnissen (wie technische Erfindungen, Leistungen im Bereich des Designs, Kennzeichen und Werke) zuzuordnen sind, seien sie auch von noch so großem wirtschaftlichen Interesse oder einzigartig, können durch Immaterialgüterrechte geschützt werden. Sie müssen die gesetzlichen materiellen und formellen Anforderungen erfüllen, um als Rechtsobjekt anerkannt zu werden. Diese sind von Schutzrecht zu Schutzrecht verschieden und knüpfen an das Wesen der genannten Kategorien an.¹⁵⁷

Es sei angemerkt, dass Industrievertreter in Gesprächen derzeit häufig bemängeln, dass das Schutzrechtssystem zu wenige Leistungsergebnisse umfasst und deshalb nicht in ausreichendem Maße auf die verstärkte Nachahmung von Produkten reagiert werden kann. Es wird gefordert den Kreis der geschützten Leistungen zu vergrößern und auf immaterielle Güter auszuweiten, die dem Gemeingebrauch freigegeben, aus Sicht der Industrie aber gleichwohl schützenswert sind. Genannt werden hier zum Beispiel rein technisch bedingte Oberflächenstrukturen, die im patentrechtlichen Sinne zwar nicht neu, aber in ihrem konkreten und neuartigen Design das Ergebnis hochwertiger Ingenieurleistungen sind und derzeit weder durch technische Schutzrechte, noch durch das Geschmacksmuster geschützt werden können.¹⁵⁸ Die Spielzeugindustrie verlangt zudem nach einem Schutz für Produktinnovationen, die einen verbesserten Unterhaltungswert haben oder pädagogisch wertvoll sind.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Vgl. zu diesem Abschnitt: *Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 4 und 41 und *Pierson et al.*, Geistiges Eigentum, S. 10.

¹⁵⁷ Eingehend zum Wesen der einzelnen immaterialgüterrechtlichen Kategorien vgl. *Pierson et al.*, Geistiges Eigentum, S. 27 ff.

¹⁵⁸ Dazu Eckhardt, Zum Einsatz von Nicht-OEM Ersatzteilen an Kraftwerks-Gasturbinen, VGB Power Tech 10/2007. Abrufbar unter: http://www.vgb.org/pt_10_07.html. Siehe auch *Ohly*, Spannungsfeld Lauterkeitsrecht, GRUR 2007, S. 731 ff. (732).

¹⁵⁹ Vgl. die Forderung der Toy Industries of Europe (TIE) unter <http://www.tietoy.org/spaw2/uploads/files/TIE%20Counterfeiting%20&%20product%20Piracy%20brochure.pdf>. Die TIE wandte sich mit ihrem Anliegen zusammen mit anderen Verbänden auch an die Europäische Kommission. Vgl.

Die Überlegung das Schutzrechtssystem zu erweitern und damit auf verstärkte Produktnachahmungen zu reagieren ist nicht neu. Entsprechende Vorschläge werden in regelmäßigen Abständen geäußert, da mit Hilfe des Schutzrechtssystems versucht wird, die neuesten technischen Entwicklungen auf rechtlicher Ebene zu bewältigen. In den 90er Jahren schlug *Beier* beispielsweise vor ein kleines technisches Schutzrecht für kurzlebige Erfindungen zu schaffen, die sofortigen Schutz gegen Nachahmungen benötigen.¹⁶⁰ Dieses wurde bislang allerdings nicht eingeführt. Bereits in den 80er Jahren erlangten zudem integrierte Halbleiterschaltkreise eine wachsende wirtschaftliche Bedeutung und waren sehr anfällig für Nachahmungen. Bisweilen betrug der geschätzte Kopieraufwand lediglich 1% der Entwicklungskosten. Um den hohen Investitionsaufwand zu schützen und den Wettbewerb sowie die technologische Entwicklung auf dem Gebiet der mikroelektronischen Hochtechnologie auch in Zukunft zu gewährleisten, sollten Halbleiterschaltkreise geschützt werden. Mit dem Halbleiterschutzgesetz schuf man ein neues Schutzrecht und reagierte damit auf die massenhafte Nachbildung von Chips.¹⁶¹

Gegenwärtig ist jedoch nicht abzusehen, dass der Gesetzgeber auf die Forderungen der Industrie reagiert und technisch bedingte Oberflächenstrukturen oder Produktinnovationen aus dem Bereich der Spielzeugindustrie in den Kreis der geschützten Leistungen aufnimmt.

(bb) Schutz vor Produktimitation

Die Rechte des Geistigen Eigentums schützen folglich die Invention.¹⁶² Ein innovatives Produkt kann durch geistige Eigentumsrechte vor Nachahmung geschützt werden, wenn es eine geschützte geistige Leistung verkörpert. Der Begriff der Nachahmung ist allerdings gesetzlich weder definiert, noch existiert ein einheitlicher Rechtsbegriff der Nachahmung. Immaterialgüterrechtlich relevant ist allein der Eingriff in den Schutzbereich eines Schutzrechts und damit die Schutzrechtsverletzung.

Da jedes Schutzgesetz einen eigenen Schutzbereich bestimmt und die Ausgestaltung des Leistungsschutzes je nach Schutzrecht verschieden ist,

http://www.eucommittee.be/Pops/2009/IP_Parasitic%20Copying%20-%20Joint%20Industry%20Letter_20090610.pdf (jeweils Stand: 16.08.2010).

¹⁶⁰ Zum Vorschlag nationaler Registrierpatente vgl. *Beier*, Zukunft Geistigen Eigentums, GRUR Int. 1990, S. 675 ff. (679).

¹⁶¹ Dazu *Dreier*, Halbleiterschaltkreise, GRUR Int. 1987, S. 645 ff.

¹⁶² Zum Begriff der Invention vgl. Kapitel 1 C I.

entstehen faktisch gesonderte „normative Nachahmungsbegriffe“¹⁶³: So bestimmt sich der Schutzbereich des Patents und des Gebrauchsmusters zum Beispiel nach dem Inhalt der Ansprüche.¹⁶⁴ Eine Schutzrechtsverletzung liegt nur dann vor, wenn die vom Imitat verkörperte geistige Leistung mit der Originalerfindung in allen wesentlichen Elementen übereinstimmt.¹⁶⁵ Der Markeninhaber wiederum genießt sowohl im Identitätsbereich als auch im Ähnlichkeitsbereich Schutz.¹⁶⁶ Auch ein der Marke ähnliches Kennzeichen kann eine Markenrechtsverletzung des Originalkennzeichens hervorrufen. Gegenstand des Geschmacksmusterschutzes sind ferner nur diejenigen Merkmale der Erscheinungsform, die in der Anmeldung sichtbar wiedergegeben sind.¹⁶⁷ Eine Geschmacksmusterverletzung liegt damit vor, wenn diese Eigentümlichkeiten übernommen werden. Der Urheber wird schließlich gegen die Nutzung in unveränderter Form sowie gegen die Übernahme der wesentlichen individuellen Züge seines Werkes geschützt.¹⁶⁸

Nicht jede Angleichung an die Originalinvention ist also ausreichend, um als Schutzrechtsverletzung gewertet zu werden. Gemeinsam ist den Schutzrechten allerdings, dass sich der Schutz nicht allein auf die identische Übernahme der geschützten Leistung beschränkt. Hinzu kommt, dass sich bestehende Schutzrechte nicht gegenseitig ausschließen. Es ist daher möglich, dass an einem innovativen Produkt gleichzeitig verschiedene geistige Eigentumsrechte bestehen: So kann eine Maschine mit einer patentgeschützten Technologie arbeiten, ein besonderes Design aufweisen sowie durch eine Marke gekennzeichnet sein und damit quasi dreifachen Schutz erfahren.

Verkörpert ein innovatives Produkt eine oder mehrere geschützte Inventionen, so kann der Schutzrechtsinhaber aufgrund der Ausschlusswirkung Dritten die Benutzung der geistigen Leistung(en) und damit in der Regel auch den Gebrauch des gesamten Produkts untersagen. Bei gewerblichen Schutzrechten sind dem Schutzrechtsinhaber sämtliche Benutzungshandlungen zu gewerblichen Zwecken vorbehalten. Dies sind solche, die aus dem Schutzgut Gewinn ziehen lassen. Handlungen, die das

¹⁶³ Siehe dazu auch *Jenny*, Nachahmungsfreiheit, S. 6 ff. und 21 ff.

¹⁶⁴ §§ 14 PatG und 12a GebrMG.

¹⁶⁵ Zur wortsinngemäßen und äquivalenten Benutzung *Kraßer*, Patentrecht, S. 719 ff.

¹⁶⁶ § 14 II MarkenG. Eingehend dazu *Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 311 ff.

¹⁶⁷ § 37 I GeschMG.

¹⁶⁸ *Schricker/von Ungern-Sternberg*, Urheberrecht, § 15 Rn. 3.

Einkommen des Berechtigten nicht schmälern (so der Gebrauch zu rein privaten Zwecken), werden vom Schutz ausgenommen.¹⁶⁹

Die einzelnen Gesetze konkretisieren die rechtsverletzenden gewerblichen Benutzungshandlungen auf unterschiedliche Art und Weise.¹⁷⁰ Exemplarisch seien die technischen Schutzrechte und das Geschmacksmuster herangezogen: Bestehende Patente, Gebrauchs- und Geschmacksmuster untersagen Dritten unter anderem ein Erzeugnis, das die Invention verkörpert, ohne die Zustimmung des Inhabers herzustellen, anzubieten oder in Verkehr zu bringen. Im Urheberrecht kommt es hingegen nicht auf die gewerbliche Verwertbarkeit des Werkes an, da hier das Werk und der Werkgenuss selbst geschützt werden.¹⁷¹ Bereits die Mitteilung eines urheberrechtlich geschützten Werkes durch sinnlich wahrnehmbare Zeichen kann also untersagt werden.

(cc) Anreiz zu Inventionen

Die durch die Ausschlusswirkung der Rechte des Geistigen Eigentums geschaffene Monopolstellung eines Schutzrechtsinhabers scheint mit dem marktwirtschaftlichen Ideal des vollständigen Wettbewerbs und damit der Wettbewerbsfreiheit unvereinbar zu sein. Sie wird heute überwiegend ökonomisch¹⁷² mit dem Hinweis darauf begründet, dass nur dann in für die wirtschaftliche Entwicklung notwendige Inventionen¹⁷³ investiert wird, wenn die Aussicht besteht, die dazu nötigen F&E-Kosten wieder zu erwirtschaften. Da immaterielle Güter aufgrund ihrer Ubiquität Quelle eines örtlich, zeitlich und zahlenmäßig beliebig wiederholbaren Gebrauchs sein können, ist es jedem, der den notwendigen Sachverstand besitzt, möglich, die geistigen Leistungen zu nutzen, ohne sich an ihren Entwicklungskosten zu beteiligen. Dieser Kontrollverlust nimmt dem Schöpfer der geistigen Leistung im Einzelfall die Möglichkeit, die Invention wirtschaftlich zu verwerten und die

¹⁶⁹ §§ 11 Nr. 1 PatG, 40 Nr. 1 GeschmMG und 12 Nr. 1 GebrMG. § 14 II MarkenG stellt zudem ausschließlich auf die Benutzung im geschäftlichen Verkehr ab.

¹⁷⁰ §§ 9 S. 2 PatG; 14 III, IV MarkenG; 11 I, II GebrMG, 38 I GeschmMG und 15 f. UrhG.

¹⁷¹ *Pierson et al.*, Geistiges Eigentum, S. 36.

¹⁷² *Wurzer*, Wissensökonomie, GRUR 2008, S. 577 ff. (579) m. w. N. Zur ökonomischen Theorie der geistigen Eigentumsrechte siehe insbesondere *Lehmann*, Theory Property Rights, IIC 1985, S. 525 ff. und *Lehmann*, Property Rights Wettbewerbsbeschränkung, GRUR Int. 1983, S. 356 ff. Zu den hier nicht näher ausgeführten idealistischen Wurzeln des Schutzes geistiger Leistungen vgl. *Troller*, Immaterialgüterrecht I, § 5 IV und *Ann*, Idealistische Wurzel, GRUR Int. 2004, S. 597 ff.

¹⁷³ Zum Begriff der Invention vgl. Kapitel 1 C I.

Innovationskosten wieder zu erwirtschaften. Dadurch kann die Inventionsbereitschaft gehemmt werden.

Patent-, Urheber-, Muster- und Markenrechte¹⁷⁴ schaffen also durch die Gewährung eines ausschließlichen Verwertungsrechts wirtschaftliche Anreize für Inventionen, die sonst mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht geschaffen werden, um das Leistungsniveau einer Volkswirtschaft zu heben.¹⁷⁵ Der Schutz immaterieller Güter fördert damit im Interesse der Allgemeinheit den wirtschaftlichen, technologischen und kulturellen Fortschritt.¹⁷⁶ Er dient darüber hinaus der Belohnung und der Befriedigung der Vermögensinteressen der geistig Schaffenden.¹⁷⁷

(dd) Beschränkung der Schutzdauer

Durch die Monopolstellung des Schutzrechtsinhabers werden Wettbewerber von der Benutzung der geistigen Leistung ausgeschlossen. Der mangelnde Wettbewerb führt zu einem zu erhöhten Preisen für Konsumenten. Zum anderen verzögert sich der Diffusionsprozess und die Inventionen können nur eingeschränkt weiterentwickelt werden. Da die Allgemeinheit nur dann von den Früchten der Inventionstätigkeit profitieren kann, wenn ihr diese in einer gewissen Breite zugänglich gemacht werden und zukünftige Entwicklungen sichergestellt sind, gehen mögliche Wohlfahrtsgewinne verloren. Dem Leistungsschutzinteresse des Schöpfers einer geistigen Leistung steht folglich das Interesse der Allgemeinheit an der

¹⁷⁴ Für die Marke erscheint eine gesonderte Erläuterung notwendig. Sie schafft für Unternehmer den Anreiz, neue Waren zu entwickeln oder die Qualität der vorhandenen Produkte zu erhalten und zu verbessern. *Pierson et al.*, Geistiges Eigentum, S. 43. Marken verhindern zudem die Fehlleitung der Verbrauchernachfrage. Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Sambuc*, UWG, § 4 Nr. 9 Rn. 15. Zur wirtschaftlichen Funktion der Marke vgl. *Fezer*, Markenrecht, Einl. MarkenG Rn. 20.

¹⁷⁵ Unter Ökonomen ist durchaus umstritten, unter welchen Bedingungen der Schutz Geistigen Eigentums erforderlich ist, um Anreize zur Bereitstellung dieser Inventionen zu schaffen. Diskutiert wird insbesondere, ob und inwieweit das Patentsystem tatsächlich zur Förderung von Erfindungen beiträgt. Eine abschließende Beurteilung ist jedoch nicht möglich. Man bleibt auf theoretische Annahmen angewiesen, da das Patentwesen ein „irreversibles Faktum“ darstellt. Vgl. *Götting*, Biodiversität, GRUR Int. 2004, S. 731 ff. (731). Eingehend dazu *Eger*, Patentrecht, in: Wissenschaftsethik, S. 79 ff. und *Oppenländer*, Wirkungen Patentwesen Innovationsprozess, GRUR 1977, S. 362 ff. Zu den wirtschaftlichen Grundlagen des Patentrechts vgl. *Machlup*, Wirtschaftliche Grundlagen Patentrecht, GRUR Int. 1961, S. 373 ff., 473 ff. und 524 ff.

¹⁷⁶ Zur wirtschaftlichen Funktion der einzelnen Schutzrechte sehr ausführlich *Fock*, Unmittelbarer Leistungsschutz, S. 50 ff.

¹⁷⁷ *Pierson et al.*, Geistiges Eigentum, S. 41.

Gemeinfreiheit¹⁷⁸ der geistigen Leistungen gegenüber. Die Abwägung dieser Interessen spiegelt sich in der Umsetzung des Rechtsschutzes wider und begründet die beschränkte Schutzdauer der geistigen Eigentumsrechte.¹⁷⁹

Die Berücksichtigung des Allgemeininteresses ist also gleichzeitig ursächlich für die Errichtung sowie für die Beschränkung der Schutzrechte. Wohlfahrtsverluste, die trotz der zeitlich beschränkten Schutzdauer der Immaterialgüterrechte entstehen, werden in Kauf genommen, da durch die entsprechenden Innovationsanreize Wohlfahrtsgewinne erzielt werden können, welche die statischen Verluste ausgleichen. Dem weiterhin bestehenden Nachahmungsbedürfnis kann durch Lizenzierung (ggf. durch Zwangslizenzierung) Rechnung getragen werden.

(b) Ergänzender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz

Durch die Rechte des Geistigen Eigentums wird der Konflikt zwischen Imitations- und Innovationswettbewerb in institutionalisierter Form gelöst. Nachahmungen, die kein Schutzrecht verletzen, sind prinzipiell erlaubt. Stellen diese für die Abnehmer Substitutionsprodukte dar, so kann die Nachfrage nach dem Originalprodukt zurückgehen und sich der Wettbewerbsvorteil des Originalherstellers und Schutzrechtsinhabers verringern. Die Schutzrechte ermöglichen diesen Wettbewerbsvorteil allerdings nur. Sie garantieren weder seine Entstehung noch dessen Erhalt.

Ob und unter welchen Voraussetzungen ein Originalhersteller die Nachahmung seiner Produkte außerhalb des immaterialgüterrechtlichen Systems verbieten kann, ist dem Wettbewerbsrecht, geregelt im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), überantwortet.¹⁸⁰ Das Wettbewerbsrecht dient dem Schutz der gewerblichen Leistung.¹⁸¹ Im Unterschied zu den geistigen Eigentumsrechten erfolgt dieser Schutz allerdings nicht durch die Zuordnung subjektiver absoluter Rechte, sondern es werden im Interesse sämtlicher Marktteilnehmer Verhaltensverbote gegen

¹⁷⁸ Mit dem Begriff der „Gemeinfreiheit“ wird gewöhnlich die Freiheit zur Nutzung von Werken benannt, deren urheberrechtliche Schutzfrist abgelaufen ist. Vgl. *Ulmer*, Urheberrecht, S. 347. Er soll hier als Gegenbegriff zur geschützten Leistung verstanden werden.

¹⁷⁹ Patent 20 Jahre (§ 16 I 1 PatG), Gebrauchsmuster 10 Jahre (§ 23 I GebrMG), Geschmacksmuster 25 Jahre (§ 27 II GeschmMG) und Urheberrecht 70 Jahre (§ 64 UrhG). Einzig das Markenrecht kann jeweils nach 10 Jahren um weitere 10 Jahre verlängert werden (§ 47 I und II MarkenG).

¹⁸⁰ Man spricht auch von Lauterkeitsrecht oder Wettbewerbsrecht i. e. S.

¹⁸¹ *Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 69.

unlautere Wettbewerbshandlungen aufgestellt.¹⁸² Der wettbewerbliche Nachahmungsschutz sanktioniert also Handlungsunrecht. Entscheidend ist damit nicht das „ob“, sondern das „wie“ (Art und Weise) der Nachahmung.¹⁸³ Die gewerbliche Leistung als solche ist hingegen grundsätzlich nicht Gegenstand der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung.

(aa) Entwicklung

Zu Beginn des 20. Jahrhunderts wurde die Übernahme fremder Leistungen, die nicht durch geistige Eigentumsrechte geschützt waren, zunächst mit Hilfe des Deliktsrechts und anschließend aufgrund der Generalklausel des Wettbewerbsrechts (§ 1 UWG a. F.) untersagt.¹⁸⁴ Die Rechtsprechung¹⁸⁵ orientierte sich anfangs an ethischen und moralischen Aspekten und betrachtete jede Aneignung eines fremden Leistungsergebnisses als unlauter, die den eigentlichen Schöpfer der Leistung beeinträchtigte. Begründet wurde dieser umfangreiche Schutz damit, dass der Imitator das vom Schöpfer mit Kosten und Mühen errungene Arbeitsergebnis ausnutze.¹⁸⁶

Später entwickelte die Rechtsprechung ein eher funktionales Verständnis.¹⁸⁷ Der Schwerpunkt wurde auf besonders verwerfliche Begleitumstände gelegt, die die Handlungsweise des Imitators als unlauter erscheinen lassen. Für diesen Schutz vor unlauterer Nachahmung fremder Leistungsergebnisse wurde die Bezeichnung „ergänzender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz“ gebräuchlich. Im Laufe der Jahre ergingen zahlreiche Entscheidungen zu § 1 UWG a. F., die einen angemessenen Ausgleich zwischen Leistungsschutz und Imitationswettbewerb herbeiführen sollten. Typische Fälle der unlauteren Nachahmung wurden in Fallgruppen

¹⁸² Teilweise wird das Wettbewerbsrecht dem gewerblichen Rechtsschutz zugerechnet. Es nimmt aufgrund der genannten Unterschiede dort jedoch eine Sonderstellung ein. Vgl. dazu *Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 69 f.

¹⁸³ Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 4 Rn. 9.4. und Fezer/Götting, Lauterkeitsrecht, § 4-9 Rn. 3.

¹⁸⁴ „Schallplatten-Entscheidung“ - RGZ 73, 294 noch gestützt auf § 826 BGB. „Käthe-Kruse-Puppen-Urteil“ RGZ 111, 254 bereits zu § 1 UWG a.F. Die Entwicklung der früheren Literatur und der Rechtsprechung wird ausführlich dargestellt bei *Nerreter*, Wettbewerbsrechtlicher Schutz, GRUR 1957, S. 408 ff.

¹⁸⁵ Zur Entwicklung der Rechtsprechung vgl. *Götting*, Ergänzender Wettbewerblicher Leistungsschutz, Mitt. 2005, S. 12 ff. (14); *Fock*, Unmittelbarer Leistungsschutz, S. 10 ff.

¹⁸⁶ Gloy/Loschelder/Eck, Handbuch Wettbewerbsrecht, § 56 Rn. 6.

¹⁸⁷ *Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 69.

zusammengefasst und teilweise durch die UWG-Reform im Jahr 2004 in § 4 Nr. 9 UWG kodifiziert.¹⁸⁸

(bb) Grundsatz der Nachahmungsfreiheit

Rechtsprechung und Literatur gehen dogmatisch vom „Grundsatz der Nachahmungsfreiheit“ aus.¹⁸⁹ Dieser besagt, dass Nachahmungen außerhalb des Bereichs der geistigen Eigentumsrechte prinzipiell erlaubt sind. Er wird begründet aus einem Umkehrschluss¹⁹⁰ des Bestehens der geistigen Eigentumsrechte oder als Ausfluss der Wettbewerbsfreiheit.¹⁹¹ Produktnachahmungen können deshalb außerhalb des sondergesetzlichen Schutzes nicht verboten werden, solange dies nicht gesondert gerechtfertigt wird. Dabei ist stets die Unzulässigkeit der Nachahmung darzulegen und nicht deren Zulässigkeit.¹⁹² Selbst wenn also die Schaffung eines Leistungsergebnisses nur mit großem Zeit- und Kostenaufwand erzielt werden konnte und der Nachahmer als „Trittbrettfahrer“ von dieser Investition profitiert, so ist ihre Übernahme frei, sofern nicht besondere Begleitumstände vorliegen, die die Nutzung der fremden Leistung als wettbewerbswidrig erscheinen lassen. Liegen diese Schutzvoraussetzungen aber vor, so kann die unlautere Wettbewerbshandlung untersagt werden (§ 8 I UWG).

(cc) Schutzvoraussetzungen

Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz besteht für Produkte nur dann, wenn das Erzeugnis wettbewerbsrechtliche Eigenart besitzt. Diese liegt vor, wenn die konkrete Ausgestaltung des Produkts oder bestimmte Merkmale desselben geeignet sind, die angesprochenen Verkehrskreise auf seine betriebliche Herkunft oder auf seine Besonderheiten hinzuweisen.¹⁹³ Die Funktion dieses Kriteriums besteht darin, den Leistungsschutz auf solche Erzeugnisse zu beschränken, die unter Berücksichtigung der Interessen sämtlicher Marktteilnehmer und der Allgemeinheit als schutzwürdig erachtet

¹⁸⁸ Bestrebungen für eine gesetzliche Regelung gab es bereits während der Vorarbeiten zum PrPG. Ursprünglich hatte man angedacht, einen Sondertatbestand „der unerlaubten Verwertung fremder Leistung oder der sklavischen Nachahmung als gesetzliches Beispiel wettbewerbswidrigen Verhaltens im Sinne des § 1 UWG aufzunehmen“. Vgl. BT-Drucks. 11/4792, S. 19. Aus rechtsdogmatischen und rechtspolitischen Gründen sah man jedoch davon ab. *Kretschmer*, Produktpiraterie Gesetz, GRUR 1988, S. 362 f. (362) und *Beier et al.*, Produktpiraterie, S. 19.

¹⁸⁹ Gloy/Loschelder/*Eck*, Handbuch Wettbewerbsrecht, § 56 Rn. 4.

¹⁹⁰ Fezer/*Götting*, Lauterkeitsrecht, § 4-9, Rn. 2.

¹⁹¹ Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Sambuc*, UWG, § 4 Nr. 9 Rn. 14.

¹⁹² Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Sambuc*, UWG, § 4 Nr. 9 Rn. 15. Siehe dazu auch *Beater*, Nachahmen Wettbewerb, S. 355.

¹⁹³ Fezer/*Götting*, Lauterkeitsrecht, § 4-9 Rn. 25.

werden.¹⁹⁴ Das Erzeugnis muss also eine bestimmte Qualität¹⁹⁵ aufweisen. Allerweltserzeugnisse, deren Herkunft und Besonderheiten den interessierten Verkehrskreisen gleichgültig sind, werden folglich nicht geschützt.¹⁹⁶ Verneint wird die wettbewerbliche Eigenart ebenso bei Erzeugnissen, für die ein allgemeines Freihaltebedürfnis besteht, und bei Ideen oder allgemeinen Lehren, die nicht konkret verwirklicht sind.¹⁹⁷

Bei gegebener wettbewerblicher Eigenart kommen als Nachahmungshandlungen¹⁹⁸ sowohl eine nachschaffende Übernahme als auch eine unmittelbare Leistungsübernahme in Betracht. Im Falle einer nachschaffenden Übernahme bildet das Produkt lediglich das Vorbild für eine mehr oder weniger angelehnte eigene Leistung des Imitators. Dabei genügt es, wenn Wesenszüge des Originals noch erkennbar sind. Die unmittelbare Leistungsübernahme kennzeichnet, dass die fremde Leistung ohne nennenswerte zusätzliche Leistung des Übernehmers (z. B. mit Hilfe technischer Vervielfältigungsverfahren wie dem Kopieren) direkt und unverändert übernommen wird.¹⁹⁹ In den Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts fällt damit die ganze Bandbreite möglicher Imitationen. Nachbildungsgegenstände können Leistungsergebnisse jeder Art sein – technische und nichttechnische, Marken und andere Herkunftszeichen.²⁰⁰

Entscheidend für das Eingreifen des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes ist das Hinzutreten besonderer wettbewerblicher Umstände. In § 4 Nr. 9a-c UWG werden drei Regelbeispiele angeführt: Besondere, die Wettbewerbswidrigkeit begründende Umstände liegen demnach vor, wenn der Nachahmer eine vermeidbare Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft hervorruft (vermeidbare Herkunftstäuschung). Wettbewerbswidrig handelt er auch, wenn der Verkehr mit dem Originalprodukt Herkunfts- und Gütevorstellungen verbindet und dieser gute Ruf durch die Nachahmung ausgenutzt wird (Rufausnutzung).

¹⁹⁴ Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 4 Rn. 9.24.

¹⁹⁵ Fezer/Götting, Lauterkeitsrecht, § 4-9 Rn. 6.

¹⁹⁶ Götting, Ergänzender Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz, Mitt. 2005, S. 12 ff. (15).

¹⁹⁷ Köhler, Ergänzender Leistungsschutz, WRP 1999, S. 1075 ff. (1076).

¹⁹⁸ Eine gesetzliche Definition des Begriffs der Nachahmung fehlt auch im Lauterkeitsrecht. Zudem ist die in Literatur und Rechtsprechung verwendete Terminologie nicht immer einheitlich: Es ist die Rede von sklavischen Nachahmungen, Übernahmen, unmittelbaren Übernahmen, fast identischem Nachahmen, Anlehnung, etc. Ausführlich dazu *Sambuc*, UWG-Nachahmungsschutz, S. 29.

¹⁹⁹ Fezer/Götting, Lauterkeitsrecht, § 4-9 Rn. 40.

²⁰⁰ Ausführlich zu den möglichen Nachbildungsgegenständen vgl. Fezer/Götting, Lauterkeitsrecht, § 4-9 Rn. 41 ff.

Wurden die zur Nachahmung erforderlichen Kenntnisse unredlich erlangt, so handelt der Nachahmer ebenso wettbewerbswidrig (Erschleichung und Vertrauensbruch).²⁰¹ Die Aufzählung ist jedoch nicht abschließend. § 4 Nr. 9 UWG führt lediglich die wichtigsten unlauterkeitsbegründenden Umstände auf. Wettbewerbswidrig handelt möglicherweise auch, wer Wettbewerber durch systematisches Nachahmen behindert.

Die einzelnen Schutzvoraussetzungen stehen nicht selbständig neben-, sondern in Wechselwirkung zueinander. Die Anforderungen an das jeweilige Merkmale sind deshalb davon abhängig, in welchem Maße die anderen Merkmale verwirklicht sind: Je größer die wettbewerbliche Eigenart und je höher der Übernahmegrad ist, desto geringer sind die Anforderungen an die besonderen Umstände, welche die Wettbewerbswidrigkeit der Nachahmung begründen.²⁰²

(dd) Einzelfallbetrachtung

Die immer neuen Erscheinungsformen der Nachahmung lassen sich nur schwer durch starre Schemata ordnen. Die Schutzvoraussetzungen des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes wurden deshalb ganz bewusst unscharf als unbestimmte Rechtsbegriffe formuliert, die es auszufüllen gilt. Dies ermöglicht eine flexible Entscheidungspraxis, mit der auf die sich in einem stetigen Wandel befindlichen Imitationsformen reagiert werden kann. Sämtliche der genannten Kriterien des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes geben deshalb allenfalls eine Richtlinie vor, wann eine Nachahmung als unlauter zu qualifizieren ist. Stets muss der konkrete Einzelfall anhand wettbewerbsrechtlicher Gesichtspunkte überprüft werden. Den Rechtsanwender stellt dies jedoch vor Schwierigkeiten, die nicht allein in der Auslegung der ausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffe liegen.

Problematisch ist zum einen, dass die Rechtsprechung teilweise von ursprünglich entwickelten Grundsätzen abweicht. So wurde beispielsweise die tradierte Lehre, dass das Wettbewerbsrecht nicht die Leistung als solches schützt, in mehreren Fällen durchbrochen, wie Entscheidungen zum

²⁰¹ Eingehend zu den genannten besonderen wettbewerbsrechtlichen Umständen vgl. Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 4 Rn. 9.40 ff.

²⁰² BGH GRUR 1996, 210 ff. (211) - Vakuumpumpen und BGH GRU 1997, 308 ff. (311) - Wärme fürs Leben. Siehe auch Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Sambuc, UWG, § 4 Nr. 9 Rn. 32.

Saisonschutz für Modeneuheiten zeigen.²⁰³ Die Rechtsprechung stellt entgegen der Theorie den Schutz der Leistung in den Vordergrund. Die Unlauterkeit der Wettbewerbshandlung ergibt sich in diesen Fällen aus der Nachahmung der Leistung selbst. Dadurch können jedoch Wertungswidersprüche zu den Sonderschutzrechten entstehen, da der wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz im Gegensatz zu den Immaterialgüterrechten prinzipiell zeitlich unbeschränkt gewährt werden kann.²⁰⁴ Der Schöpfer einer Leistung, die nicht schutzrechtsfähig ist, wäre auf diese Weise quasi durch die Hintertür im Einzelfall besser gestellt als der Inhaber eines Schutzrechts, da er kein Erteilungsverfahren auf sich nehmen muss und ihm dennoch unter Umständen sogar zeitlich unbegrenzt Schutz vor Nachahmung gewährt wird. Aufgehoben werden könnte dieser Widerspruch zwar durch eine zeitliche Beschränkung des unmittelbaren wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes. Es erweist sich jedoch als schwierig, einheitliche Vorgaben für die Bemessung der Schutzdauer zu finden.²⁰⁵

Problematisch gestaltet sich zum anderen die Abgrenzung zwischen dem spezialgesetzlich gewährten absoluten Rechtsschutz und den Abwehransprüchen des Wettbewerbsrechts.²⁰⁶ Im Kern geht es dabei um die Frage, inwieweit der immaterialgüterrechtliche und der wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz nebeneinander anwendbar sind. Die bisherige Rechtsprechung und die bislang herrschende Lehre gingen entsprechend dem Grundsatz der Nachahmungsfreiheit vom Vorrang der Immaterialgüterrechte aus: Das Recht des Geistigen Eigentums sei in seinem Anwendungsbereich eine abschließende Regelung, weshalb eine gleichzeitige Anwendung des Wettbewerbsrechts ausscheide. Dieses sei nur subsidiär anwendbar.²⁰⁷ Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz wurde

²⁰³ BGH GRUR 1973, S. 478 ff. – Modeneuheit und BGH GRUR 1984, S. 453 ff. - Hemdblusenkleid. Eingehend zu weiteren Entscheidungen, die einen unmittelbaren wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz gewähren, vgl. Fock, Unmittelbarer Leistungsschutz, S. 267 f.

²⁰⁴ Dazu Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Sambuc, UWG, § 4 Nr. 9 Rn. 35 ff.

²⁰⁵ Im Prinzip wird versucht, sie danach zu bemessen, wie viel Zeit der Originalhersteller benötigt, um die Früchte seiner Arbeit zu ernten. Weiterführend dazu Fock, Unmittelbarer Leistungsschutz, S. 147 ff.

²⁰⁶ Eingehend zum Verhältnis der Immaterialgüterrechte zum wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz vgl. MünchKomm UWG/Ann, Grundl Rn. 223 ff.

²⁰⁷ Mit zahlreichen weiteren Nachweisen Fock, Unmittelbarer Leistungsschutz, S. 22 und Köhler, Verhältnis Wettbewerbsrecht Geistiges Eigentum, GRUR 2007, S. 548 ff. (549).

daher nicht gewährt, wenn Sonderrechtsschutz bestand, oder wenn die Immaterialgüterrechte einen solchen Schutz bewusst ausschlossen.²⁰⁸

Auch die neuere Rechtsprechung hält in diesen Fällen im Grunde am Vorrang der Schutzrechte fest. Es ist jedoch nicht ganz klar, wie weit der Anwendungsbereich der Immaterialgüterrechte reicht. Grundsätzlich besteht zwar Einigkeit darüber, dass die Grenzen, die durch die Sonderschutzrechte gezogen werden – wie die zeitliche Beschränkung – nicht unterlaufen werden dürfen.²⁰⁹ Allerdings wird dies nur bei den technischen Schutzrechten strikt umgesetzt, so dass beispielsweise ein ursprünglicher Patentinhaber nach Ablauf der zwanzigjährigen Schutzfrist eines Arzneimittelpatents oder eines ergänzenden Schutzzertifikats dem Wettbewerb der Generikahersteller ausgesetzt ist.²¹⁰ Im Marken- und Geschmacksmusterrecht ist man hingegen weniger konsequent.²¹¹ Der Grundsatz der Nachahmungsfreiheit wird folglich teilweise extensiv und teilweise restriktiv gehandhabt. Gerade weil auch die Rechtsprechung zu unterschiedlichen Ergebnissen kommt, wird die Vorrangthese in der Literatur kritisiert und ein Nebeneinander der Schutzkonzepte befürwortet.²¹²

Existiert für ein bestimmtes Leistungsergebnis allerdings *kein* Schutzrecht, so kann diese „Lücke“ gegebenenfalls über das Wettbewerbsrecht geschlossen werden. Derartige (unbeabsichtigte) Lücken können durch neue technische Entwicklungen und entsprechende Veränderungen der Marktverhältnisse hervorgerufen werden. Da der Gesetzgeber in der Regel erst etwas verspätet die notwendigen Ergänzungen der Immaterialgüterrechte vornehmen kann, wurden Schutzlücken in der Vergangenheit häufiger durch das Wettbewerbsrecht geschlossen – in diesem Zusammenhang erfüllte das UWG eine Vorreiter- und Schrittmacherfunktion.²¹³ Vor der Einführung des Schutzes von Datenbanken gem. § 87a ff. UrhG konnten beispielsweise auf Vollständigkeit angelegte Datensammlungen gem. § 1 UWG a. F. geschützt

²⁰⁸ BGH GRUR 1986, S. 454 ff. (456) – Bob Dylan und BGH GRUR 1997, S. 116 ff. (118) – Prospekthalter.

²⁰⁹ Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Sambuc*, UWG, § 4 Nr. 9 Rn. 5.

²¹⁰ BVerfG GRUR 2001, S. 1058 (1060 f.) – Therapeutische Äquivalenz.

²¹¹ *Ohly*, Spannungsfeld Lauterkeitsrecht, GRUR 2007, S. 731 ff. (737).

²¹² *Köhler*, Verhältnis Wettbewerbsrecht Geistiges Eigentum, GRUR 2007, S. 548 ff. (554) und *Fezer*, Leistungsschutz Wettbewerbsrecht, WRP 1993, S. 63 ff. (64 ff.). Kritisch zum Gleichrangprinzip *Ohly*, Spannungsfeld Lauterkeitsrecht, GRUR 2007, S. 731 ff. (737). Eingehend zur Kritik am Grundsatz der Nachahmungsfreiheit *Fock*, Unmittelbarer Leistungsschutz, S. 26 ff.

²¹³ *Ohly*, Spannungsfeld Lauterkeitsrecht, GRUR 2007, S. 731 ff. (736).

werden.²¹⁴ Ebenso wurden Computerprogramme vor der Einführung der §§ 69a ff. UrhG durch das Wettbewerbsrecht geschützt.²¹⁵

(ee) Rechtsunsicherheiten

Die Rechtsanwendung wird folglich durch die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe, die noch dazu in Wechselwirkung zueinander stehen, den in Einzelfällen gewährten unmittelbaren Leistungsschutz sowie die uneinheitliche Anwendung des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes neben dem immaterialgüterrechtlichen Schutz erschwert. Für Rechtssuchende ist die Rechtsgewährung deshalb nicht vorhersehbar, so dass Prozesse zum „Glücksspiel“²¹⁶ degradiert werden können. Der Boden jenseits des von Schutzrechten gesicherten Territoriums ist also „äußerst sumpfig“²¹⁷.

Kehrseite der flexiblen Entscheidungspraxis sind erhebliche Rechtsunsicherheiten. Es fehlt an klaren Konturen.²¹⁸ Zwar können Rechtsunsicherheiten grundsätzlich in Kauf genommen werden, wenn sich dadurch die Einzelfallgerechtigkeit erhöht. Auch führt der ergänzende wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz sicherlich in der Regel zu einer ökonomisch befriedigenden Abwägung zwischen erwünschter und unerwünschter Produktimitation. In Summe gibt das Instrumentarium des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes jedoch keine klare Linie vor, wann die Imitation eines Produkts außerhalb des Anwendungsbereichs der Sonderschutzrechte als unlauter anzusehen ist.

(c) Ergänzender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz für einheitliches Vorgehen gegen Produktimitationen ungeeignet

Die Rechte des Geistigen Eigentums und der ergänzende wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz schaffen eine Balance zwischen Imitations- und Innovationswettbewerb. Nachahmungen, die ein Schutzrecht verletzen, sowie wettbewerbswidrige Nachahmungen bzw. Nachahmungshandlungen sind nicht erwünscht. Prinzipiell wäre deshalb

²¹⁴ BGH GRUR 1999, S. 923 ff. (924 und 926) – Tele-Info-CD.

²¹⁵ OLG Frankfurt GRUR 1983, S. 757 ff. – Donkey Kong Junior.

²¹⁶ Fezer/Götting, Lauterkeitsrecht, § 4-9 Rn. 2; *Beater*, Nachahmen Wettbewerb, S. 347.

²¹⁷ Harte-Bavendamm/*Harte-Bavendamm*, Handbuch Markenpiraterie, § 1 Rn. 52.

²¹⁸ Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Sambuc*, UWG, § 4 Nr. 9 Rn. 30. Weiterführend zur Problematik der Rechtsunsicherheit und zur Notwendigkeit von Konkurrenzregeln im Hinblick auf den UWG-Nachahmungsschutz *Ohly*, Spannungsfeld Lauterkeitsrecht, GRUR 2007, S. 731 ff. m. w. N.

gegen beide Formen der Produktnachahmung vorzugehen. Der Erfolg von Maßnahmen gegen Produktimitationen hängt jedoch entscheidend davon ab, wie präzise bestimmt ist, welche Form der Nachahmung zu bekämpfen ist. Lediglich die Rechte des Geistigen Eigentums geben hier eine klare Linie vor. Für ein einheitliches Vorgehen gegen Produktnachahmungen eignet sich der ergänzende wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz hingegen nicht.

2. Auf internationaler Ebene

Durch die weltweite Verflechtung der Märkte wurde die Nachahmung von Produkten zum globalen Problem. Maßnahmen gegen Produktimitationen sind deshalb lediglich nachhaltig wirksam, wenn nicht nur auf nationaler Ebene, sondern vor allem auf internationaler Ebene einheitlich gegen Nachahmungen vorgegangen werden kann.

(a) Einheitliches Vorgehen gegen schutzrechtsverletzende Produktimitationen durch TRIPS-Abkommen möglich

Der Schutz geistiger Leistungen beruht auf nationaler Gesetzgebung und ist daher grundsätzlich auf das Territorium eines Landes beschränkt (Territorialitätsprinzip). Geistige Eigentumsrechte sind deshalb nur in den Ländern wirksam, für die sie erteilt wurden. In den übrigen Ländern bleibt die geistige Leistung gemeinfrei. Die Globalisierungsphasen und die damit einhergehende intensivere Verflechtung des internationalen Wirtschaftsverkehrs offenbarten nach und nach die unzureichende Effektivität dieser nationalen Verankerung: Sie hat zur Folge, dass Immaterialgüterrechte nicht grenzüberschreitend übertragen werden können, sondern (mit Ausnahme des Urheberrechts) in jedem Staat jeweils neu beantragt werden müssen.

Handelsfähig sind hingegen die Waren, welche die geschützte geistige Leistung verkörpern – zum Beispiel, dass unter Verwendung eines Patents hergestellte Produkt.²¹⁹ Um den Warenverkehr nicht zu behindern wurde deshalb schon frühzeitig eine Koordinierung und Harmonisierung der einzelnen Rechtsordnungen erforderlich.²²⁰ Den ersten Abkommen, die einen internationalen Schutz Geistigen Eigentums garantieren sollten (wie zum

²¹⁹ Hilf/Oeter/Michaelis/Bender, WTO-Recht, § 24 Rn. 5.

²²⁰ Eingehend dazu Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht, § 14.

Beispiel die Pariser Verbandsübereinkunft (PVÜ) aus dem Jahr 1883²²¹), gelang es jedoch nicht, ein grenzübergreifendes Schutzrechtssystem zu implementieren oder einheitliche Mindestrechte zu gewährleisten.²²² Sie verwirklichen einen internationalen Schutz geistiger Leistungen aber durch den Grundsatz der Inländerbehandlung nach dem ausländische und inländische Schutzrechtsinhaber gleich zu behandeln sind.

Die steigende wirtschaftliche Bedeutung²²³ immaterieller Güter in der wissensbasierten Ökonomie, aber vor allem auch die Zunahme der Produktnachahmungen²²⁴ in den 70er Jahren, gaben schließlich den Anstoß für die Entstehung des TRIPS-Übereinkommens im Jahr 1994.²²⁵ Es ist neben dem allgemeinen Zoll- und Handelsabkommen (GATT) und dem allgemeinen Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS) integrierender Bestandteil der Verträge der Welthandelsorganisation (WTO) und für sämtliche WTO-Mitgliedsländer bindend, da die multilateralen WTO-Abkommen nur en bloc angenommen werden können (Art. II Nr. 2 WTO-Agreement i. V. m. Annex 1c). Durch die Einbindung in das System der WTO nimmt das TRIPS-Abkommen unter den internationalen Abkommen zum Schutz des Geistigen Eigentums eine Sonderrolle ein. Es ist primär ein Handelsabkommen und erst in zweiter Hinsicht ein Abkommen zum Schutz von Privatrechtsgütern.²²⁶ TRIPS verbindet auf neuartige Weise den Schutz Geistigen Eigentums mit den auf Liberalisierung des Handels und den Abbau handelsbeschränkender Maßnahmen zielenden Vorstellungen der WTO. Ein wirksamer und angemessener Schutz Geistigen Eigentums wird nicht mehr – wie vor allem zu Zeiten der Einführung des Schutzrechtssystems²²⁷ – als

²²¹ Weitere bedeutende Abkommen waren z. B. die Berner Übereinkunft (1886) und das Madrider Markenabkommen (1891). Ausführlich zu diesen und weiteren Sonderabkommen vgl. *Pierson et al.*, Geistiges Eigentum, S. 18 ff.

²²² *Haas*, TRIPS Welthandelsrecht, S. 25.

²²³ Zum Bedeutungszuwachs Geistigen Eigentums in der Wissensgesellschaft vgl. *Wurzer*, Wissensökonomie, GRUR 2008, S. 577 ff. (insbesondere S. 581 f.).

²²⁴ *Hilf/Oeter/Michaelis/Bender*, WTO-Recht, § 24 Rn. 13 und *Sodipo*, Piracy and Counterfeiting, S. 121.

²²⁵ Neben dem letztlich verwirklichten breiteren Regelungsansatz des TRIPS-Abkommens vertraten die Gegner das Modell eines im Wesentlichen auf die Fälle der „Produktpiraterie“ beschränkten und an der Rechtslage des GATT orientierten Übereinkommens. *Busche/Stoll/Höhne*, TRIPS, Präambel Rn. 18. Zum sog. „Counterfeiting Code“ siehe auch *Stoll*, Technologietransfer, S. 324 m. w. N.

²²⁶ *Busche/Stoll/Höhne*, TRIPS, Präambel Rn. 8.

²²⁷ Besonders umstritten war die Einführung des Patentsystems. Hauptargument der Patentgegner in der Patentdebatte war der Freihandelsgedanke. Vertiefend dazu *Machlup*, Wirtschaftliche Grundlagen Patentrecht, GRUR Int. 1961, S. 373 ff. (374 f.) und *Kraßer*, Patentrecht, S. 64 ff.

Behinderung, sondern als Bedingung für den freien Welthandel angesehen.²²⁸

Aufgrund der Heterogenität der Mitgliedsstaaten war auch im Rahmen des TRIPS-Abkommens kein Konsens durch eine Harmonisierung von Vorschriften herbeizuführen.²²⁹ Es wurde aber ein für alle WTO-Mitgliedsländer verbindliches Mindestschutzniveau für Geistiges Eigentum²³⁰ eingeführt: Das TRIPS-Abkommen gibt einheitlich und durchweg klar und präzise vor, unter welchen Bedingungen (Schutzvoraussetzungen) und für wie lange (Schutzdauer) Geistigem Eigentum Schutz vor bestimmten Beeinträchtigungen (Schutzumfang) zu gewähren ist.²³¹ Die Mitgliedsländer werden dazu verpflichtet, diese Vorgaben umzusetzen und ihr innerstaatliches Recht dementsprechend anzugleichen. Ein Abweichen von diesem materiellen Schutzstandard außerhalb der vorgesehenen Möglichkeiten kann durch entwicklungspolitische, gesellschaftliche oder wirtschaftliche Unterschiede der Mitglieder nicht gerechtfertigt werden (Art. 8 TRIPS). Die Bedürfnisse der weniger und am wenigsten entwickelten Staaten werden durch Übergangsfristen berücksichtigt. Es steht den Mitgliedsländern allerdings frei, strengere Regelungen zu treffen und das Geistige Eigentum umfassender zu schützen.

Das TRIPS-Abkommen gewährleistet erstmals einen materiellen Mindestschutzstandard der Rechte des Geistigen Eigentums in sämtlichen WTO-Mitgliedsländern und gleicht damit die Schwäche des zuvor bestehenden internationalen Schutzsystems für Immaterialgüter aus. Produkte, für die geistige Eigentumsrechte bestehen, werden auf diese Weise weltweit einheitlich vor Nachahmung geschützt. Das TRIPS-Abkommen ermöglicht daher ein länderübergreifendes Vorgehen gegen schutzrechtsverletzende Produktimitationen.

²²⁸ Pierson et al., S. 21 und Busche/Stoll/Busche, TRIPS, Einl. 2, Rn. 4.

²²⁹ Busche/Stoll/Vander, TRIPS, Vor Artikel 41-61 Rn. 5.

²³⁰ Der Begriff des Geistigen Eigentums wird im Rahmen des TRIPS-Übereinkommens nicht abstrakt, sondern durch Verweis auf materiellen Regelungen der Abschnitte 1 bis 7 des Teils II TRIPS definiert (Art. 1 II TRIPS). Er geht über die in dieser Arbeit betrachteten absoluten Rechte insoweit hinaus, als er auch den Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse umfasst.

²³¹ Hilf/Oeter/Michaelis/Bender, WTO-Recht, § 24 Rn. 33. Ausführlich zu den einzelnen Schutzrechten vgl. Busche/Stoll/Busche, TRIPS, Einl. 2 Rn. 12 ff.

**(b) Ergänzender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz
nicht harmonisiert**

Kein Bestandteil des TRIPS-Abkommens ist hingegen der ergänzende wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz. Dieser wurde weltweit bislang noch nicht vereinheitlicht. Zwar liegen auf internationaler Ebene mit der „Resolution der AIPPI“ und den „WIPO Model Provisions on Unfair Competition“ Vorschläge zur Rechtsangleichung im Bereich des Wettbewerbsrechts vor, ein Harmonisierungseffekt konnte dadurch, soweit ersichtlich, allerdings nicht bewirkt werden.²³² Daher ist außerhalb des Anwendungsbereichs der Immaterialgüterrechte auf internationaler Ebene kein einheitliches Vorgehen gegen Produktnachahmungen möglich.

In Betracht gezogen werden könnten allerdings zumindest rechtliche Maßnahmen auf europäischer Ebene: Da die Europäische Gemeinschaft Mitglied der WTO ist, werden Produkte in Europa durch das TRIPS-Abkommen einheitlich vor Nachahmungen geschützt. Dieser Schutz könnte durch europaweit harmonisierte wettbewerbsrechtliche Regelungen zum Leistungsschutz ergänzt werden. Wie jedoch die Ausführungen zum ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz in Deutschland gezeigt haben, zeichnen sich die Konturen des wettbewerbsrechtlichen Produktschutzes bereits auf nationaler Ebene nur äußerst vage ab. Auf europäischer Ebene ist es ungleich schwieriger, den Rechtsschutz zu vereinheitlichen. Zwar behindern unterschiedliche wettbewerbsrechtliche Beurteilungen in den einzelnen Nationen den freien Warenverkehr. Auch könnten sie unter Umständen sogar dazu führen, dass die Harmonisierungsbestrebungen auf der Ebene des Geistigen Eigentums unterlaufen werden. In Anbetracht der erheblichen Unterschiede²³³ der Voraussetzungen und der Reichweite des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes in den einzelnen Mitgliedsstaaten der EU, die auch in den abweichenden Rechtsauffassungen begründet sind, zeichnet sich jedoch in absehbarer Zeit keine Harmonisierung ab.²³⁴ Auch

²³² Fezer/Götting, Lauterkeitsrecht, § 4-9 Rn. 20.

²³³ Zu den Unterschieden in den europäischen Mitgliedsstaaten vgl. Ohly, Europäisches Lauterkeitsrecht, WRP 2008, S. 177 ff. (184 f.).

²³⁴ Götting, Ergänzender Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz, Mitt. 2005, S. 12 ff. (19). S. a. Fezer/Götting, Lauterkeitsrecht, § 4-9 Rn. 13. Der Autor stellt im Anschluss Gemeinsamkeiten und Unterschiede des Nachahmungsschutzes der Mitgliedsstaaten vor. Mit der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (2005/29/EG) wurde ein erster Schritt zur Harmonisierung des europäischen Wettbewerbsrechts getan. Die Richtlinie enthält Regelungen, die partiell dem § 4 Nr. 9a UWG entsprechen. Vgl. Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 4 Rn. 9.16.

auf europäischer Ebene kann damit nicht länderübergreifend gegen die Nachahmung von Produkten außerhalb des Anwendungsbereichs der Sonderschutzrechte vorgegangen werden.

E. Vorgehen gegen schutzrechtsverletzende Produktimitationen

I. Ausmaß schutzrechtsverletzender Produktimitationen

Ein einheitliches Vorgehen ist auf internationaler Ebene somit nur gegen Produktnachahmungen möglich, durch die geistige Eigentumsrechte verletzt werden. Die Ermittlung des Volumens der weltweit gehandelten schutzrechtsverletzenden Produkte oder der Schäden, die durch diese entstehen, gestaltet sich allerdings schwierig. Klar ist, dass es sich in Anbetracht der Illegalität der Handlungen und der hohen Dunkelziffer immer um Schätzungen handeln wird. Umsetzbare Methoden zur Erstellung akzeptabler Berechnungen wurden bislang jedoch nicht entwickelt. Zudem wird in Erhebungen oftmals nicht zwischen schutzrechtsverletzender Ware und sonstigen Produktnachahmungen unterschieden, so dass vielfach nur vermeintlich illegale Konkurrenzprodukte mit erfasst werden.

Auch in der umfangreichen Untersuchung der OECD werden die Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Gesamtausmaßes des globalen Handels mit schutzrechtsverletzender Ware eingehend erläutert.²³⁵ Das von der OECD ermittelte Volumen der weltweit gehandelten schutzrechtsverletzenden Produkte in Höhe von 200 Milliarden Dollar spiegelt die tatsächliche Verletzungssituation allerdings nicht vollständig wider: Neben den bereits erwähnten Einschränkungen²³⁶, die für diese Studie getroffen wurden, stützt sich die Analyse wie viele andere Untersuchungen auf Beschlagnahmezahlen der Zollbehörden. Unabhängig von den zahlreichen Vorbehalten²³⁷, die von der OECD selbst im Hinblick auf die Verwertbarkeit dieser Zahlen geäußert werden, ist zu beachten, dass durch die Beschlagnahme von Waren noch keine Aussage darüber getroffen wird, inwieweit diese auch berechtigt war und Schutzrechte tatsächlich verletzt wurden, da das Sachentscheidungsverfahren noch aussteht. Zwar wird es sich vornehmlich um Beschlagnahmen potentiell markenrechtsverletzender Ware handeln, da faktisch nur diese vom Zoll auffindbar ist und insbesondere die Verletzung eines Patents oder eines Gebrauchsmusters für Zollbeamte

²³⁵ S. 21 und 77 ff. der OECD Studie (Fn. 6).

²³⁶ Vgl. Kapitel 1 C VII 2.

²³⁷ S. 80 f. der OECD Studie (Fn. 6).

kaum erkennbar ist.²³⁸ Auch kann in diesen Fällen wohl noch relativ sicher von einer Markenrechtsverletzung bei Beschlagnahme durch den Zoll ausgegangen werden, so dass die Zahlen die Vermutung nahe legen, dass es sich letztlich um schutzrechtsverletzende Ware handelt. Genau genommen müsste man dann aber auch nur über das Ausmaß markenrechtsverletzender Produkte sprechen und Verletzungen anderer Immaterialgüterrechte ausnehmen.

Die Tatsachengrundlage für die Maßnahmen gegen die grassierende Verletzung geistiger Eigentumsrechte, vor allem aber gegen die Verletzung technischer Schutzrechte, ist demnach nicht tragfähig und bedarf weitergehender empirischer Analysen. Dies gilt es bei der Betrachtung der Maßnahmen gegen schutzrechtsverletzende Ware nicht aus den Augen zu verlieren. Bei aller Ungenauigkeit, die den Schätzungen anhaftet, kann jedoch gleichwohl nicht geleugnet werden, dass das Ausmaß der Schutzrechtsverletzungen stark zugenommen hat.

II. Vorgehen gegen sämtliche Formen schutzrechtsverletzender Produktimitation?

Auch bei der Betrachtung lediglich schutzrechtsverletzender Produktimitationen stellt sich wiederum die Frage, ob gegen sämtliche Produktnachahmungen vorzugehen ist. Nach Ansicht zahlreicher Autoren²³⁹ sollten sich die Maßnahmen gegen „Produktpiraterie“ nur gegen besondere Formen der schutzrechtsverletzenden Produktimitation richten.²⁴⁰ Daher beinhalten sehr viele Definitionen des Begriffs Produktpiraterie weitere, über die einfache Schutzrechtsverletzung hinausgehende Elemente.²⁴¹

In Zusammenfassung dieser Elemente, werden in der Literatur verschiedenen Kriterien genannt. Im Folgenden wird zunächst überprüft, ob sie grundsätzlich zur Unterscheidung geeignet sind. Anschließend wird ermittelt, ob zwischen Produktpiraterie und der herkömmlichen Schutzrechtsverletzung zu differenzieren ist.

²³⁸ Siehe dazu auch Kapitel 3 B III.

²³⁹ Vgl. Kapitel 1 B I.

²⁴⁰ Siehe dazu auch *Blumenthal*, Marke Piraterie, S. 158 ff. m. w. N.

²⁴¹ Maske unterteilt diese in qualitative und quantitative Kriterien. *Maske*, Markenpiraterie, S. 64 und 74 f.

1. Kriterien zur Differenzierung zwischen herkömmlicher Schutzrechtsverletzung und „Produktpiraterie“

Zur Differenzierung zwischen der herkömmlichen Schutzrechtsverletzung und Produktpiraterie werden insbesondere folgende Kriterien angeführt: der Grad der Übereinstimmung von Nachahmung und Original, die Nachahmung als einziger Zweck der Betätigung und das Erfordernis vorsätzlichen Handelns.

(a) Grad der Übereinstimmung von Nachahmung und Original

Befürworter der Schaffung eines Piraterietatbestandes schlugen als Abgrenzungskriterium zwischen der herkömmlichen Schutzrechtsverletzung und Produktpiraterie den Grad der äußerlichen Übereinstimmung der Nachahmung mit dem Original vor.²⁴² Dann wäre allerdings im Ergebnis wohl nur die sklavisch exakte oder nahezu identische Nachahmung eines Produkts vom Begriff Produktpiraterie umfasst. Dies greift aus mehreren Gründen zu kurz:

Zunächst passt der „Grad der Übereinstimmung“ nicht zu den verschiedenen Formen der schutzrechtsverletzenden Produktnachahmungen. Modeartikel etwa sind häufig auch geschmacksmusterrechtlich geschützt. Eine Verletzung setzt also bereits einen besonders hohen Grad an Ähnlichkeit der Waren voraus. Gleichzeitig sind bei Bekleidung gewisse Voraussetzungen kraft Natur der Sache vorgegeben. Eine Markenverletzung im Textilbereich erfolgt daher in den meisten Fällen durch den Vertrieb eines äußerlich weitgehend übereinstimmenden Produkts.

Zudem sind die Erscheinungsformen der Schutzrechtsverletzungen nicht nur in einem ständigen Wandel begriffen, sondern verändern sich auch innerhalb eines Schutzrechts. Wurden im Markenbereich lange Zeit hauptsächlich Waren vertrieben, die in Produkt, Ausstattung und Kennzeichen übereinstimmten, so werden heute vermehrt auch Produkte angeboten, die der Originalhersteller nicht (oder nicht mehr) selbst anbietet. Der Fall, dass der Imitator lediglich vom Image einer bekannten Marke profitiert, wäre damit nicht erfasst. Auch wird immer häufiger versucht, gleichzeitig vom Image

²⁴² *Mühlens*, Produktpiraterie Waffe, CR 1990, S. 433 ff. (434), *Knaak*, Markenpiraterie, GRUR Int. 1988, S. 1 ff. (2 f.) m. w. N. und BT-Drucks. 11/4792 S. 8. *Levin* spricht von „identischer oder nahezu identischer Nachahmung“. Vgl. *Levin*, Counterfeiting, GRUR Int. 1987, S. 18 ff. (27). Im Hinblick auf den Begriff der Markenpiraterie wird teilweise die Identität der Marke und zusätzlich die Identität der Ware verlangt. Vgl. die Zusammenfassung bei *Maske*, Markenpiraterie, S. 74 f.

eines geschmacksmusterrechtlich geschützten Designs und einer mit diesem Design nicht in Zusammenhang stehenden Marke zu profitieren.²⁴³

Die Formen der Verletzung von Schutzrechten sind letztlich zu unterschiedlich, um sie mit dem Kriterium der äußerlichen Übereinstimmung erschöpfend zu erfassen.

(b) Nachahmung einziger Zweck der Betätigung

Ebenso wird die Ansicht vertreten, dass in den Fällen der Produktpiraterie der einzige Zweck der gewerblichen Betätigung des Produktpiraten in der Nachahmung und damit der Herstellung schutzrechtsverletzender Produkte liege.²⁴⁴ Häufig entsteht schutzrechtsverletzende Ware aber durch Überschussproduktion bei Vertragspartnern des Schutzrechtsinhabers (overruns). Hierbei wird die im Rahmen eines Lizenzvertrags vereinbarte Produktionsmenge überschritten und der nicht genehmigte Überschuss als lukrativer Nebenverdienst in Verkehr gebracht. Durch Überschreitung des im Lizenzvertrag vereinbarten Produktionsvolumens wird das Schutzrecht verletzt. Derartige schutzrechtsverletzende Produktnachahmungen würden ebenso wenig vom Produktpirateriebegriff erfasst wie solche, die von einem Produzenten stammen, der zwar schutzrechtsverletzende Ware herstellt, daneben aber auch andere legale Geschäfte betreibt.

(c) Vorsätzliches Handeln notwendig

Zahlreiche Autoren sind ferner der Auffassung, dass die Schutzrechtsverletzung im Fall der Produktpiraterie vorsätzlich begangen werden müsse.²⁴⁵ Unter der herkömmlichen Schutzrechtsverletzung sei wiederum die fahrlässige²⁴⁶ Verletzung von Schutzrechten im Wettbewerbsalltag zu verstehen, deren Ursache in internen Organisations- und Koordinationsfehlern oder Fehlbeurteilungen der Schutzrechtslage liege.²⁴⁷ Ein Grund für die häufige Nennung des Vorsatzkriteriums sind

²⁴³ BT-Drucks. 11/4792, S. 18.

²⁴⁴ *Meister*, Produktpiraterie Kampf, MA 1988, S. 447 ff. (447).

²⁴⁵ Wie bereits erwähnt u. a. *Braun*, Produktpiraterie, S. 7. *Meister*, Aspekte Produktpiraterie, WRP 1991, S. 137 ff. (137), *Jahn*, Moderne Piraten, WRP 1988, S. 413 ff. (413). Zur Notwendigkeit der „Absicht“ bei Produktpiraterie vgl. *Blumenthal*, Marke Piraterie, S. 179 ff.

²⁴⁶ *Gaul*, Durchsetzung Produktpiraten, S. 45. *Worm/Gärtner* stellen auf eine Abgrenzung zwischen vorsätzlicher und *meist* fahrlässiger Schutzrechtsverletzung ab. Das Merkmal „meist“ erscheint nur schwer quantifizierbar und ist daher als weiteres Abgrenzungskriterium ungeeignet. *Worm/Gärtner*, Bekämpfung Produktpiraterie, Mitt. 2008, S. 212 ff. (212).

²⁴⁷ *Braun*, Produktpiraterie, S. 7; *Maske*, Markenpiraterie, S. 64 und *Meister*, Aspekte Produktpiraterie, WRP 1991, S. 137 ff. (138). Oftmals wird zusätzlich auch das

möglicherweise die potentiell größeren Gefahren (wie hohe Schäden), die von derartigen Schutzrechtsverletzungen ausgehen, da vorrangig ein gesellschaftsschädigendes Profitinteresse verfolgt wird. Zutreffend an diesem Ansatz ist, dass vorsätzlich begangene Verletzungen Geistigen Eigentums für die Originalhersteller und letztlich auch für die gesamte Wirtschaft in der Regel besonders gravierend sind. Allerdings kann auch fahrlässiges Handeln in Einzelfällen großen Schaden anrichten, selbst wenn es sich dabei nur um einen einmaligen „Ausrutscher“ handeln sollte.²⁴⁸

Liegt die Motivation für das Vorsatzerfordernis allein beim Wissen und Wollen um die Tatbestandsverwirklichung, so muss beachtet werden, dass die Schwelle zum Eventualvorsatz²⁴⁹ durchaus leicht überschritten werden kann: Dies trifft nicht nur für Unternehmen zu, die sich häufig zumindest im „Graubereich“ des rechtlich Zulässigen bewegen und Produkte vertreiben, die Designobjekten stark ähneln und in Einzelfällen sogar geschützte Technologien²⁵⁰ verwenden, sondern dies gilt auch für kleine und mittlere Unternehmen (KMU), die heute aufgrund der Regeldichte und der Komplexität der Materie oftmals große Schwierigkeiten haben, die Rechtslage richtig einzuschätzen. In Zeiten von Patentdickichten und einer immer undurchsichtiger werdenden Schutzrechtslandschaft sind selbst für Großunternehmen, die durchweg juristisch beraten werden, derartige Schutzrechtsverletzungen unvermeidlich. Klarheit herrscht oftmals erst durch ein höchstrichterliches Urteil. Gerade Konflikte zwischen Herstellern, die aus dem alltäglichen Leistungswettbewerb entstehen, sollen vom Vorsatzkriterium jedoch offensichtlich nicht umfasst sein.

Merkmal der Fälschungsabsicht genannt. Vgl. *Knaak*, Markenpiraterie, GRUR Int. 1988, S. 1 ff. (4). *Levin* spricht gar von einer betrügerischen-schmarotzerhaften Absicht. Vgl. *Levin*, Counterfeiting, GRUR Int. 1987, S. 18 ff. (27). Zur Fälschungsproblematik bei Produktpiraterie *Blumenthal*, Marke Piraterie, S. 172 ff.

²⁴⁸ Dazu *Beier et al.*, Produktpiraterie, S. 69.

²⁴⁹ Dolus eventualis – der Täter muss den Erfolg seines Handelns für möglich halten und billigend in Kauf nehmen.

²⁵⁰ Das Unternehmen Tchibo steht immer wieder im Kreuzfeuer der Kritik. Der Hamburger Konzern wollte beispielsweise im Jahr 2006 in seinen Filialen einen faltbaren Reisekopfhörer für 5,99 Euro verkaufen. Größe, Design und Klapptechnik des Kopfhörers glichen einer patentgeschützten Sennheiser-Entwicklung. Die Originale kosteten je nach Ausstattung zwischen 60 und 220 Euro. Vgl. Zeit Online, Plagiate – Operation falscher Hase, 06.04.2006. Abrufbar unter: <http://www.zeit.de/2006/15/Markenpiraterie> (Stand: 16.08.2010). Siehe auch SZ, Die Billiganbieter schaden dem Einzelhandel, 09.02.2007, S. 24. und Brandeins 07/2006, Klingt gut! S. 18ff. (21).

Berücksichtigt werden muss darüber hinaus, dass durch das Vorsatzerfordernis der Kreis potentieller Produktpiraten deutlich eingeschränkt wird. Die Bandbreite der in die Thematik verwickelten Personengruppen reicht von Einzelfälschern, international kooperierenden Fälschersyndikaten bis zu Händlern, Exporteuren und Importeuren, die für den Absatz der Ware sorgen. Sie alle tragen dazu bei, dass Produktpiraterie für Originalhersteller wie Volkswirtschaften zu einem gravierenden Problem wurde. Zudem ist es oftmals sehr schwer an die Hintermänner und eigentlichen Hersteller schutzrechtsverletzender Produkte zu gelangen. Vor diesem Hintergrund erscheint es wenig sinnvoll, dass gegen Händler, Exporteure und Importeure, die ursprünglich vorsätzlich hergestellte schutzrechtsverletzende Ware vertreiben, diese als solche zwar nicht mehr erkennen aber hätten erkennen können und deshalb selbst nur fahrlässig handeln, nicht vorgegangen werden soll.

Auch das Erfordernis vorsätzlichen Handelns eignet sich im Ergebnis als Abgrenzungskriterium nicht.

2. Keine Differenzierung erforderlich

Mit den über die einfache Schutzrechtsverletzung hinausgehenden Elementen der Produktpirateriedefinitionen soll offenbar die Dimension der gegenwärtigen Schutzrechtsverletzungen näher erfasst werden, um das Ausmaß des Phänomens Produktpiraterie zu verdeutlichen und ein Problem zu umschreiben, dem die Originalhersteller nicht Herr werden. Dabei wird allerdings die Definition des Begriffs Produktpiraterie in dem bereits vor über 100 Jahren konstruierten Schutzrechtssystem verankert, ohne die Begrifflichkeiten im aktuellen Kontext zu sehen.

Das Schutzrechtssystem wurde ursprünglich geprägt von vereinzelten Auseinandersetzungen zwischen Wettbewerbern.²⁵¹ Diese Form der Schutzrechtsverletzung tritt natürlich auch heute noch auf, jedoch dominieren dank hochentwickelter Reproduktionsmethoden Schutzrechtsverletzungen in einer völlig anderen Dimension, da der Anreiz zur Imitation durch das beträchtliche Gefälle der Kosten zwischen Original und Nachahmung erheblich gestiegen ist.²⁵² Zudem muss berücksichtigt werden, dass das Schutzrechtssystem in Zeiten territorial ausgerichteter

²⁵¹ *Jahn*, Moderne Piraten, WRP 1988, S. 413 ff. (415), BT-Drucks. 11/4792, S. 16 f. und *Beier et al.*, Produktpiraterie, S. 1.

²⁵² Siehe dazu auch die Ausführungen zu Produktimitationen im Allgemeinen in Kapitel 1 C.

Industriegesellschaften entstanden ist, heute jedoch globale Informationsgesellschaften dominieren und die Bedeutung immaterieller Wirtschaftsgüter immer weiter zunimmt. Auch diese Entwicklung verstärkt die Verletzung Geistigen Eigentums. Das Problem der Schutzrechtsverletzung ist an sich zwar noch dasselbe, es stellt sich aber neu und fordert das Schutzrechtssystem in besonderem Maße heraus.

Der Begriffsinhalt des Begriffs „Schutzrechtsverletzung“ hat sich über die Jahre folglich gewandelt und macht eine Differenzierung zwischen herkömmlicher Schutzrechtsverletzung und Produktpiraterie entbehrlich. Gleichwohl muss es möglich sein, zwischen unterschiedlich schweren Formen der Schutzrechtsverletzung zu unterscheiden. Auch nach Ansicht des Deutschen Bundestages ist Produktpiraterie „kein aliud zur herkömmlichen Schutzrechtsverletzung, sondern ein Fall von Schutzrechtsverletzung, der sich durch besonders großen Unrechtsgehalt²⁵³ oder hohen Schaden auszeichnet.“²⁵⁴ Ausreichend Möglichkeiten zur Differenzierung bestehen auf Rechtsfolgenseite: Bei der Ermittlung des Schadensersatzes wird das Ausmaß der Schutzrechtsverletzung herangezogen. Im Wege der Strafzumessung kann wiederum das dem Unrechtsgehalt der Schutzrechtsverletzung entsprechende Strafmaß festgesetzt werden. Überdies können die Rechtsfolgen den sich in einem dauernden Wandel befindlichen Erscheinungsformen der Nachahmung von Produkten jederzeit angepasst werden, um angemessene Ergebnisse zu erzielen. Inwieweit das Sanktionssystem allerdings den gegenwärtigen Anforderungen gerecht wird, muss noch überprüft werden.²⁵⁵

III. Keine Notwendigkeit für den Begriff Produktpiraterie

Der Begriff „Produktpiraterie“ mag ein medienwirksames Schlagwort sein, das sich für eine einfachere Handhabung und die Vermittlung des aktuellen Ausmaßes der Schutzrechtsverletzungen für die Zwecke der öffentlichen Wahrnehmung eignet. Auch wird in der Praxis häufiger vorgebracht, dass es gerade auf die Symbolkraft des abwertenden und moralisch behafteten Begriffs *Produktpiraterie* ankäme, um deutlich hervorzuheben, dass die kompensationslose Nutzung Geistigen Eigentums Dritter untersagt ist. Gerade im Hinblick auf das relativ gering ausgeprägte Unrechtsbewusstsein

²⁵³ So auch *Braun*, Produktpiraterie, S. 2.

²⁵⁴ BT-Drucks. 11/4792, S. 17.

²⁵⁵ Vgl. dazu Kapitel 3 B II.

der Verbraucher und die damit verbundene große Nachfrage nach Piraterieprodukten sei seine Verwendung auch notwendig.²⁵⁶

Für die rechtliche Beurteilung sind hingegen nicht ethische Kriterien entscheidend, sondern allein der Eingriff in den Schutzbereich eines Schutzrechts. Zudem erscheint es auch nicht sinnvoll, den Begriff *Produktpiraterie* zu verwenden, da durch diesen der Vorgang der Schutzrechtsverletzung unnötig emotional aufgeladen wird. Der Begriff *Produktpiraterie* vermittelt außerdem gerade nicht den Eindruck eines „Angriffs“ auf immaterielle, sondern vielmehr auf körperliche Gegenstände. Diese Vorstellung trifft jedoch das Wesen des verwirklichten Unrechts nicht. De facto wird die in einem Produkt verkörperte geschützte geistige Leistung unrechtmäßig verwertet. Die Verwendung des Begriffs *Produktpiraterie* fördert deshalb womöglich noch das geringe Unrechtsbewusstsein bei Schutzrechtsverletzungen. Angezeigt erschiene es demgegenüber von *Schutzrechtspiraterie* oder im Einzelfall zum Beispiel von *Markenrechts-* und *Urheberrechtspiraterie* zu sprechen.²⁵⁷ Doch auch hier kann mit den bereits bestehenden Begriffen *Markenrechtsverletzung* und *Urheberrechtsverletzung* die Sachlage präzise dargestellt werden.

Sind sich also alle Beteiligten einig, dass sie gegen schutzrechtsverletzende Produktnachahmungen und damit gegen die Verletzung Geistigen Eigentums vorgehen wollen, so bedarf es hierzu letztlich des Begriffs „Produktpiraterie“ nicht. Mit dem neutralen Begriff der *Schutzrechtsverletzung* oder der *Verletzung geistiger Eigentumsrechte* ist das gemeinsame Ziel hinreichend präzise umschrieben, um gezielte Maßnahmen zu ergreifen.

²⁵⁶ Siehe dazu auch Kapitel 3 C III.

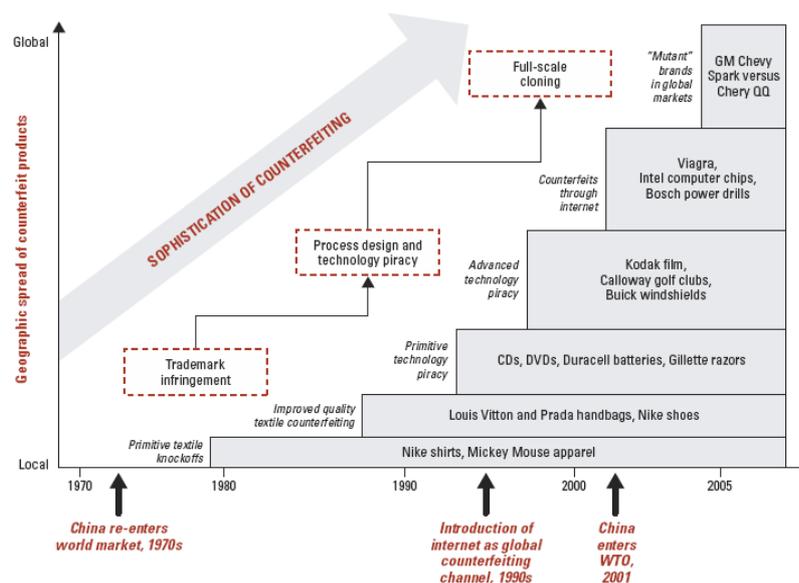
²⁵⁷ Passend dazu existiert bereits der Begriff der „Schutzlücken-Piraterie“. Hier werden Schutzrechtslücken ausgenutzt. Vgl. *Braun*, Schutzlücken-Piraterie.

2. Kapitel Verletzung geistiger Eigentumsrechte in China

Die Statistiken der gemeinsamen Zollaktivitäten der EU zeigen, dass der größte Anteil der wegen der Verletzung geistiger Eigentumsrechte an den europäischen Außengrenzen beschlagnahmten Waren in den vergangenen Jahren aus der VR China stammte. So kamen im Jahr 2008 ca. 55% der beschlagnahmten Produkte aus der Volksrepublik. Mit deutlichem Abstand folgten die Vereinigten Arabischen Emirate (ca. 12%) und Taiwan (ca. 10%).²⁵⁸ Auch die OECD und die Statistiken des deutschen Zolls bestätigen, dass China bereits seit mehreren Jahren Hauptherkunftsland schutzrechtsverletzender Produkte ist.²⁵⁹ Zudem fällt auf, dass das Reich der Mitte den Handel mit derartigen Produkten in nahezu sämtlichen Produktparten dominiert.²⁶⁰ Maßnahmen gegen die grassierende Verletzung geistiger Eigentumsrechte werden daher nur erfolgreich sein, wenn sie insbesondere die Schutzrechtsverletzungen in China bekämpfen.

A. Entwicklung schutzrechtsverletzender Produktimitationen in China

Die Entwicklung schutzrechtsverletzender Produktimitationen in China stellt sich in den letzten 40 Jahren wie folgt dar (Bildquelle: A.T. Kearney²⁶¹):



²⁵⁸ „Report on Community Customs Activities on Counterfeit and Piracy“ der Europäischen Kommission aus dem Jahr 2008, S. 14. Abrufbar unter: http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/customs/customs_controls/counterfeit_piracy/statistics/2009_statistics_for_2008_full_report_en.pdf (Stand: 16.08.2010).

²⁵⁹ OECD Studie (Fn. 6), S. 62 ff.; Bundeszollverwaltung – Jahresstatistik 2008, S. 15 (vgl. Fn. 100).

²⁶⁰ Vgl. den Report der Europäischen Kommission (Fn. 97), S. 20.

²⁶¹ A.T. Kearney, The Counterfeiting Paradox, 2005. Abrufbar unter: <http://www.atkearney.com/index.php/Publications/the-counterfeiting-paradox.html> (Stand: 16.08.2010).

In etwa seit dem Beginn der wirtschaftlichen Öffnungspolitik Deng Xiaopings und dem damit verbundenen Wiedereintritt des Landes in den Welthandel sind schutzrechtsverletzende Produktnachahmungen auf dem chinesischen Markt erhältlich. In den 80er Jahren beschränkte sich das Angebot noch auf einfache, markenrechtsverletzende Produkte wie nachgeahmte Textilien, Sportschuhe und Lederwaren bekannter Luxushersteller. Anfang der 90er Jahre kamen Imitationen urheberrechtlich geschützter Produkte wie CDs, DVDs und Filme hinzu und später auch einfache technische Erzeugnisse und Designprodukte. Bereits kurz nach der Jahrtausendwende kennt die Produktvielfalt der schutzrechtsverletzenden Produktimitationen keine Grenzen mehr. Nahezu sämtliche und vor allem auch technisch anspruchsvolle Produkte aus der Konsum- und Investitionsgüterindustrie werden seit dem in China hoch professionell imitiert.²⁶²

Hergestellt wurden die schutzrechtsverletzenden Produkte zu Beginn insbesondere in Staatsbetrieben in den östlichen Landesteilen, mit zunehmender Privatisierung aber vermehrt von privaten Unternehmen. Bei manchen Produktgruppen ist es jedoch auch heute noch ein offenes Geheimnis, dass hinter den imitierten Waren armee- oder andere staatseigene Unternehmen stehen.²⁶³ Mitte der 90er Jahre führte die Übersättigung der chinesischen Märkte zu einer massiven Zunahme der Wettbewerbsintensität. Auch weltweit erhöhte sich der Wettbewerbsdruck, so dass verstärkt Produktionsprozesse nach China ausgelagert wurden. Beide Faktoren führten dazu, dass sich Fabriken, die schutzrechtsverletzende Ware herstellten, nicht mehr nur in Ostchina, sondern auch in den weniger entwickelten und damit günstigeren Regionen Zentral- und Westchinas ansiedelten.²⁶⁴

Heute konzentrieren sich die Fälscherfabriken auf ca. 30 Hauptregionen in der Volksrepublik. In diesen Gegenden gibt es ganze Städte, die ausschließlich Produktnachahmungen herstellen.²⁶⁵ Nach und nach wurden die schutzrechtsverletzenden Produkte nicht mehr vornehmlich auf dem

²⁶² Eingehend zu den einzelnen Produkten und dem Vorgehen der chinesischen Hersteller vgl. *Blume*, Produktpiraterie Ausmaß, S. 21 ff. und *von Welser/González*, Marken- und Produktpiraterie, S. 190.

²⁶³ Bfai (Bundesagentur für Außenwirtschaft), Chinas Fälscher haben nach wie vor Hochkonjunktur, 05.05.2004 und *Naim*, Schwarzbuch Globalisiertes Verbrechen, S. 148 und 162.

²⁶⁴ Zu diesem Abschnitt vgl. *Blume*, Produktpiraterie Ausmaß, S. 22.

²⁶⁵ Die unterschiedlichen Regionen werden bei *Winkler/Wang*, Produktpiraterie China, S. 44 ff. dargestellt.

chinesischen Markt verkauft, sondern verstärkt im Ausland vertrieben. Erleichtert wurde der weltweite Vertrieb der schutzrechtsverletzenden Produkte zum einen durch den Warenaustausch über das Internet und zum anderen durch die Liberalisierung des Handels im Zuge des WTO Beitritts der Volksrepublik im Jahr 2001.

Die Dimension der schutzrechtsverletzenden Produktnachahmungen hat sich in China folglich von einfachen, rein lokal vertriebenen markenrechtsverletzenden Luxusgütern zu sehr anspruchsvollen, durch technische Schutzrechte geschützten und global gehandelten Erzeugnissen entwickelt. Allerdings lässt sich auch hier mangels geprüfter wissenschaftlicher Methoden das tatsächliche Ausmaß der Schutzrechtsverletzungen nicht exakt bestimmen. Die folgenden Angaben sollen zumindest ein ungefähres Bild vermitteln: Nach amerikanischen Schätzungen werden gegenwärtig 80% der weltweit zirkulierenden schutzrechtsverletzenden Produkte in der Volksrepublik hergestellt.²⁶⁶ 15% bis 20% aller in China für den heimischen Markt und für den Export hergestellten Produkte verletzen im Jahr 2008 Markenrechte.²⁶⁷ Im Arzneimittelbereich soll die Fälschungsrate im Jahr 2006 zwischen 50% und 85% gelegen haben.²⁶⁸ Der Tonträgerdachverband IFPI geht davon aus, dass in China im selben Jahr bis zu 85% aller Tonträger schutzrechtsverletzende Kopien waren.²⁶⁹ General Motors schätzt im gleichen Zeitraum den Anteil der nachgeahmten Autoersatzteile auf dem chinesischen Markt auf 70%.²⁷⁰

Innerhalb von weniger als drei Jahrzehnten entwickelte sich China zum Ursprungsland der weltweit schwerwiegendsten und umfangreichsten Verletzungen Geistigen Eigentums.²⁷¹ Die rasante Entwicklung der Schutzrechtsverletzungen wurde von einem ebenso dynamischen realen Wirtschaftswachstum des Landes (von durchschnittlich knapp 10% pro

²⁶⁶ Klunker, IP Forum Shanghai, GRUR Int. 2008, S. 209 ff. (211).

²⁶⁷ CRS Report for Congress, China-U.S. Trade Issues, October 2008, S. 21. Abrufbar unter: http://assets.opencrs.com/rpts/RL33536_20081007.pdf (Stand: 16.08.2010).

²⁶⁸ International Policy Network, Counterfeit Medicines in less developed countries: problems and solutions, 2006, S. 3. Abrufbar unter: http://www.policynetwork.net/sites/default/files/IPN_Counterfeits.pdf (Stand: 16.08.2010).

²⁶⁹ IFPI Piracy Report 2006, S. 11. Abrufbar unter: <http://www.ifpi.org/content/library/piracy-report2006.pdf> (Stand: 16.08.2010).

²⁷⁰ Zitiert nach Winkler/Wang, Produktpiraterie China, S. 29.

²⁷¹ Siehe auch Winkler/Wang, Produktpiraterie China, S. 14.

Jahr)²⁷² begleitet. Von einer desolaten wirtschaftlichen Situation ausgehend fand die Volksrepublik in beeindruckend kurzer Zeit den Anschluss an die Industrienationen. Heute ist China die drittgrößte²⁷³ Volkswirtschaft der Welt und gerade dabei Japan als zweitgrößte Wirtschaftsmacht abzulösen.²⁷⁴ Da sich das Ausmaß der Verletzung von Schutzrechten folglich mit steigendem wirtschaftlichem Entwicklungsniveau vergrößerte, liegt die Vermutung nahe, dass ein Zusammenhang zwischen der wirtschaftlichen Entwicklung des Landes und der Verletzung Geistigen Eigentums besteht.

B. Verstärkte Nutzung von Inventionen in wirtschaftlichen Entwicklungsphasen kein neues Phänomen

I. Länderbeispiele

Wie die folgenden Länderbeispiele zeigen, ist die verstärkte Nutzung von Inventionen²⁷⁵ in wirtschaftlichen Entwicklungsphasen grundsätzlich kein neues Phänomen:

1. Deutschland

Im Zeitalter der Industrialisierung wurde die wirtschaftliche Entwicklung in Europa von Großbritannien angeführt. Das in diesem Zusammenhang rückständige Deutschland versuchte insbesondere durch die Nachahmung britischer Erzeugnisse aufzuholen. Auch technische Produkte und solche, zu deren Herstellung spezielle Techniken angewendet werden mussten, wurden imitiert. Entsprechend der Devise „technischer Fortschritt, woher er auch komme“ galt die Nachahmung einer fremden Technik gar als „fortschrittliche Tat“.²⁷⁶

Zur Verbesserung der wirtschaftlichen Lage sollten die deutschen Produktimitationen auch im Ausland vertrieben werden. Auf dem britischen Markt gestaltete sich die Wettbewerbssituation jedoch schwierig. Deutsche

²⁷² Spiegel Online, China Inc. geht die Luft aus, 11.05.2008. Abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,552083,00.html> (Stand: 16.08.2010).

²⁷³ Spiegel Online, China unterliegt im Rennen um Platz zwei, 15.02.2010. Abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/0,1518,677835,00.html> (Stand: 16.08.2010).

²⁷⁴ Spiegel Online, China verdrängt Japan als zweitgrößte Wirtschaftsmacht, 16.08.2010. Abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/0,1518,711992,00.html> (Stand: 16.08.2010). Bis zum Jahr 2020 soll die Volksrepublik sogar die USA als größte Wirtschaftsmacht ablösen. Die Zeit, Seltsame Zeichen, 25.08.2005, S. 69.

²⁷⁵ Zur Verwendung des Begriffs der Invention in dieser Arbeit vgl. Kapitel 1 C I und Kapitel 1 D II 1 a (bb).

²⁷⁶ *Beier*, Wettbewerbsfreiheit und Patentschutz, GRUR 1978, S. 123 ff. (128).

Hersteller versuchten deshalb, die Absatzchancen ihrer Produkte durch die Übernahme britischer Warenbezeichnungen²⁷⁷ (heute Marken genannt) zu verbessern, obwohl dies nach dem deutschen Warenzeichengesetz eine Verletzung bestehender Warenzeichenrechte darstellte. Rechtliche Konsequenzen hatten diese Warenzeichenverletzungen allerdings nicht, sondern es wurde im Gegenteil sogar die Abschaffung des deutschen Warenzeichengesetzes in Erwägung gezogen, um die Verwendung der britischen Marken durch deutsche Hersteller nicht weiter zu behindern.²⁷⁸ Deutschland lehnte unter anderem auch aus diesem Grund den Beitritt zur Pariser Verbandsübereinkunft (1883) ab. Gemäß Art. 9 PVÜ wäre es Großbritannien als Mitgliedsland der PVÜ andernfalls möglich gewesen, Erzeugnisse, die widerrechtlich mit einer Marke versehen worden waren, bei der Einfuhr zu beschlagnahmen.²⁷⁹

Binnen kurzer Zeit wurden die Märkte in Großbritannien von deutschen Produkten, die britische Warenbezeichnungen trugen, förmlich überflutet. Im Königreich fürchtete man daher zunehmend um die eigenen Binnenmärkte und aufgrund der teilweise minderwertigen deutschen Produkte um die Sicherheit der Verbraucher. Im Jahr 1887 verabschiedete deshalb das britische Parlament den Merchandise Marks Act.²⁸⁰ Dieser verpflichtete sämtliche ausländischen Hersteller dazu, ihre Erzeugnisse deutlich sichtbar mit den Worten „Made in“ zu kennzeichnen. Produkte, die keine derartige Herkunftsbezeichnung trugen, konnten bei der Einfuhr beschlagnahmt werden. Leitragende dieser Regelung waren primär die deutschen Hersteller.²⁸¹ Der Ausdruck „Made in Germany“ entstand also, um die englischen Verbraucher vor billigen Fälschungen aus Deutschland zu schützen und damit den Absatz heimischer Produkte zu fördern.

Anfang des 20. Jahrhunderts waren die internationale wirtschaftliche Verflechtung und das wirtschaftliche Entwicklungsniveau Deutschlands bereits deutlich gewachsen. Die Wettbewerbsposition des Landes erschien nun stark genug, um mögliche Nachteile aus dem Beitritt zur PVÜ zu

²⁷⁷ Zur Nachahmung von Markenprodukten durch deutsche Hersteller im 19. Jahrhundert vgl. *Meister*, Aspekte Produktpiraterie, WRP 1991, S. 137 ff. (137).

²⁷⁸ *Wadle*, Markenrecht, S. 34. S. a. *Kurz*, Weltgeschichte Erfindungsschutz, S. 387.

²⁷⁹ *Bodenhausen*, PVÜ, S. 116 f.

²⁸⁰ Die deutsche Übersetzung des Merchandise Marks Act vom 23. August 1887 findet sich bei *Cruesemann*, Warenzeichengesetz England, S. 7 ff.

²⁸¹ *Cruesemann*, Warenzeichengesetz England, S. 3.

verkräften.²⁸² Deutschland trat daher im Jahr 1903 der PVÜ bei. Zudem hatte sich eine Industriegesellschaft entwickelt, die eigene Qualitätsstandards setzte. Die Bezeichnung „Made in Germany“ wurde sukzessive zum international anerkannten Kennzeichen für qualitativ hochwertige Produkte aus Deutschland.

2. Niederlande

Die wirtschaftliche Entwicklung in den Niederlanden profitierte Ende des 19. Jahrhunderts vor allem von der Nutzung technischer Inventionen. Als Export- und Handelsnation empfanden die Niederlande den Patentschutz als Behinderung.²⁸³ Zudem war er der Freihandelsbewegung des Landes ein Dorn im Auge. Man entschloss sich daher im Jahr 1869 dazu, das bestehende Patentgesetz abzuschaffen. Von der sich anschließenden „patentlosen“ Zeit profitierte die niederländische Industrie erheblich.²⁸⁴ Da im Ausland patentierte Erfindungen im Inland nicht geschützt waren, konnten sie in den Niederlanden beliebig imitiert werden. Dies verbesserte das technologische Niveau und führte dazu, dass das Land eine intensive Industrialisierung erfuhr.²⁸⁵ Erst auf Druck der Nachbarländer, die sich auf das Bestehen des Patentsystems eingestellt hatten und sich gegen den Wettbewerbsvorteil der niederländischen Industrien wehrten, aber auch aufgrund des Einsatzes niederländischer Industrieller, die ihre eigenen Inventionen zu schützen suchten, wurde der Patentschutz im Jahr 1912 nach 43 Jahren wieder eingeführt.²⁸⁶

3. Schweiz

Ähnlich wie in den Niederlanden verlief die Entwicklung der Schweiz. Allerdings konnte man dort nicht auf eine entsprechende Patenttradition zurückgreifen. So verhinderte schlichtweg das Interesse von Industriekreisen (vor allem der chemischen Industrie) die erstmalige Einführung eines Patentschutzes.²⁸⁷ Dies führte dazu, dass auch die Schweiz im Inland lange Zeit von den Vorteilen des patentlosen Zustandes profitieren²⁸⁸ und gleichzeitig im Ausland Erfindungen patentieren konnte. Im Vergleich mit den

²⁸² *Wadle*, Markenrecht, S. 36. Eingehend zum Protektionismus Deutschlands vgl. *Kurz*, Weltgeschichte Erfindungsschutz, S. 483 f.

²⁸³ *Machlup*, Patentwesen, in: Sozialwissenschaften, S. 231 ff. (237).

²⁸⁴ *Basalla*, Technology Evolution, S. 122 f.

²⁸⁵ *Kurz*, Weltgeschichte Erfindungsschutz, S. 389 ff.

²⁸⁶ *Machlup*, Patentwesen, in: Sozialwissenschaften, S. 231 ff. (238) und *Kurz*, Weltgeschichte Erfindungsschutz, S. 392.

²⁸⁷ Eingehend dazu *Kurz*, Weltgeschichte Erfindungsschutz, S. 387 und 393 ff.

²⁸⁸ *Basalla*, Technology Evolution, S. 123.

Niederlande schritt die Industrialisierung der Schweiz sogar noch schneller voran.²⁸⁹ Von großem Nutzen war die patentlose Zeit insbesondere für die im Entstehen begriffene chemische und pharmazeutische Industrie.²⁹⁰ Die schweizerischen Betriebe hatten keine Hemmungen, erfolgreiche Produkte, insbesondere der deutschen Farbstoffindustrie, nachzuahmen, und erzielten damit beträchtliche ökonomische Erfolge.

Zwar wurde nach längerem Widerstand der Patentgegner und einer Volksabstimmung im Jahr 1887 ein Patentgesetz erlassen. Dieses schloss jedoch auch weiterhin die Patentierbarkeit zahlreicher Erfindungen der chemischen Industrie aus, indem es die Vorlage „mechanischer Modelle“ zur Patentierungsvoraussetzung machte.²⁹¹ Chemische Herstellungsverfahren konnten damit noch immer frei kopiert werden. Deutsche Betriebe litten deshalb nach wie vor unter den Nachahmungen aus der Schweiz. Sie boten den schweizerischen Konkurrenten sogar beträchtliche Abstandszahlungen an, wenn diese sich dazu verpflichteten, von weiteren Nachahmungen abzusehen.²⁹² Letzten Endes setzte die deutsche Industrie bei ihrer Regierung durch, dass der Schweiz mit hohen Einfuhrzöllen für chemische Produkte gedroht wurde, sofern das Patentgesetz nicht entsprechend abgeändert würde.²⁹³ Nach zwanzig Jahren gab die Schweiz im Jahr 1907 dem politischen Druck nach.²⁹⁴ Durch eine Gesetzesnovelle entfiel das Erfordernis der Modelldarstellbarkeit.

4. USA

In wirtschaftlichen Entwicklungsphasen profitierten Länder jedoch nicht nur von der Nutzung fremder Kennzeichen und technischer Erfindungen, sondern auch von Werken der Literatur. Zu Beginn des 19. Jahrhunderts waren in den Vereinigten Staaten beispielsweise ausländische Autoren bewusst vom Urheberrechtsschutz ausgenommen, da man im damaligen Entwicklungsstadium auf den Zugang zu ihren fortschrittlichen Werken angewiesen war. Weite Kreise der amerikanischen Bevölkerung konnten so an Bildung herangeführt und das Bildungsniveau gehoben werden. Vom Ausschluss ausländischer Urheber waren insbesondere englische

²⁸⁹ *Machlup*, Patentwesen, in: Sozialwissenschaften, S. 231 ff. (237) und *Basalla*, Technology Evolution, S. 123.

²⁹⁰ *Kurz*, Weltgeschichte Erfindungsschutz, S. 393.

²⁹¹ *Machlup*, Patentwesen, in: Sozialwissenschaften, S. 231 ff. (238).

²⁹² *Kurz*, Weltgeschichte Erfindungsschutz, S. 387 und 394.

²⁹³ *Machlup*, Patentwesen, in: Sozialwissenschaften, S. 231 ff. (238).

²⁹⁴ *Basalla*, Technology Evolution, S. 123.

Schriftsteller betroffen. Sie verfassten daher mehrere Petitionen an den US-Kongress, die jedoch erfolglos blieben. Auch ein von England im Jahr 1838 angebotenes bilaterales Urheberrechtsabkommen wurde von der US-Bundesregierung abgelehnt. Ferner weigerten sich die USA der Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst aus dem Jahr 1886 beizutreten, die eine internationale Anerkennung des Urheberrechts zwischen den Vertragsstaaten vorsieht.

Nachdem die Vereinigten Staaten fast ein Jahrhundert lang ausländische Werke kopiert hatten und die Wirtschaft deutlich gewachsen war, wurde im Jahr 1891 der Schutz ausländischer Urheber eingeführt. Schutzvoraussetzung war jedoch, dass die ausländischen Werke zunächst in den USA veröffentlicht wurden, bevor sie in anderen Ländern erschienen. Erst im Jahr 1976 wurde diese Regelung aufgehoben. Der Berner Übereinkunft (1886) traten die Vereinigten Staaten schließlich im Jahr 1988 bei, damit amerikanische Werke über bestehende bilaterale Vereinbarungen hinaus in weiteren Ländern geschützt werden konnten.²⁹⁵

5. Japan

Von der Nutzung fremder Inventionen wurde auch die wirtschaftliche Entwicklung Japans beeinflusst. Im Zuge der Meiji-Restauration hatte sich das Land im Jahr 1868 der feudalen Herrschaft der Tokugawa-Dynastie entledigt. Um der Gefahr der Kolonialisierung durch westliche Mächte zu entgehen, schickte sich Japan an, so schnell wie möglich den technologischen Rückstand zu Europa und den Vereinigten Staaten aufzuholen. Mit Hilfe der im Jahr 1871 eingeführten Patentvorschriften wollte die neue Führung Innovationen im Inland fördern und das technologische Niveau heben.²⁹⁶ Um die Absorption ausländischen Wissens von Verbotsrechten und Verfügungsansprüchen frei zu halten, wurde der Patentschutz aber ausdrücklich auf Inländer beschränkt.²⁹⁷

²⁹⁵ Vgl. zu diesem Abschnitt *Hoeren*, Internationales Urheberrecht, GRUR Int. 1993, S. 195 ff. Zum Beitritt Amerikas zur Revidierten Berner Übereinkunft vgl. *Sodipo*, Piracy and Counterfeiting, S. 16.

²⁹⁶ Der erste Präsident des japanischen Patentamts *Korekiyo Takahashi* beschreibt die Motivationslage bei der Einführung des Patentrechts wie folgt: „We have looked about us to see what nations are the greatest, so that we can be like them. We said: “What is it that makes the United States such a great nation?”, and we investigated and found that it was patents and so we will have patents.“ Zitiert nach *Heath*, Gewerblicher Rechtsschutz Südostasien, GRUR Int. 1997, S. 187 ff. (188).

²⁹⁷ Zu diesem Abschnitt vgl. *Ganea*, TRIPS als Innovationsmotor, in: Geistiges Eigentum und Innovation, S. 114 f.

Da in der Folgezeit noch keine multilateralen Verträge existierten, die internationale Verpflichtungen zum Schutz von Erfindungen beinhalteten, konnte Japan die Auswirkungen des Patentschutzes auf die nationale Entwicklung zunächst unabhängig erproben und das Patentsystem an die sozioökonomischen Gegebenheiten des Landes anpassen.²⁹⁸ Nach der Entstehung derartiger Verträge (wie der PVÜ aus dem Jahr 1883) und einer Zunahme des internationalen Handels konnte sich Japan jedoch dem internationalen Druck, sich diesen Abkommen anzuschließen und auch ausländischen Rechtsinhabern Patentschutz zu gewähren, nicht dauerhaft widersetzen und trat im Jahr 1899 der PVÜ bei.

Mit dem Urheberrecht verhielt es sich in Japan ähnlich wie in Amerika. Gerade durch die Übersetzung ausländischer wissenschaftlicher Werke konnte wertvolles Know-how zugänglich gemacht werden. Der von westlichen Mächten geforderte Beitritt zur Berner Übereinkunft (1886) sorgte deshalb für Aufruhr, da man befürchtete, dass der Schutz ausländischer Urheber die Rezeption westlichen Know-hows unerträglich erschweren würde. Auch hier konnte sich Japan jedoch dem Druck von außen nur für eine begrenzte Zeit verschließen und trat im Jahr 1899 der Berner Übereinkunft bei.²⁹⁹

II. Schutzzumfang Geistigen Eigentums von wirtschaftlichem Entwicklungsniveau eines Landes abhängig

Die Beispiele zeigen, dass die Nutzung von Inventionen nicht nur für die Imitatoren eines innovativen Produkts, sondern auch für Länder, welche die Produktimitationen zulassen, ökonomische Vorteile haben kann.³⁰⁰ Das auf nationaler Ebene bestehende Spannungsverhältnis zwischen dem Schutzinteresse des Schöpfers einer geistigen Leistung und dem Interesse der Allgemeinheit an einer möglichst freien Nutzung derselben wurde deshalb je nach Entwicklungsstand des Landes unterschiedlich aufgelöst.

Maßgeblich für den Umfang des Schutzes Geistigen Eigentums in den einzelnen Ländern war vor allem das technologische Niveau der bereits entwickelten Staaten, das als Technologiegrenze³⁰¹ bezeichnet werden

²⁹⁸ *Ganea/Nagaoka*, Japan, in: IP in Asia, S. 133.

²⁹⁹ *Rahn*, Rechtsauffassung Japan, GRUR Int. 1979, S. 491 ff. (492).

³⁰⁰ Für weitere Länderbeispiele vgl. *Sodipo*, Piracy and Counterfeiting, S. 148.

³⁰¹ Der Begriff der „Technological Frontier“ wurde von dem Harvard Ökonomen Philippe Aghion geprägt. Vgl. Daron Acemoglu, Philippe Aghion, Fabrizio Zilibotti, Vertical Integration and Distance to Frontier, CEPR Discussion Paper No. 3565,

kann.³⁰² Die Entwicklungsländer, die von dieser Grenze weit entfernt waren, konnten den technologischen Abstand zur Weltspitze am schnellsten und einfachsten durch die Imitation der zum damaligen Zeitpunkt fortschrittlichsten Erfindungen verringern. Ermöglicht wurde dieses „Trittbrettfahrer“-Verhalten durch einen bewusst nicht vorhandenen Patentschutz für ausländische Erfindungen, wie die Schilderungen aus den Niederlanden, der Schweiz und Japan zeigen. Die genannten Länder sahen darin eine Entwicklungschance.³⁰³

Die Gemeinfreiheit³⁰⁴ der Erfindungen beschleunigte die Diffusion technischen Know-hows und erhöhte so das technologische Niveau des jeweiligen Landes. Wertvolles Wissen konnte ferner durch die Verbreitung ausländischer Werke gewonnen werden, welchen (wie in Japan und Amerika) der Urheberrechtsschutz versagt wurde. Die Übernahme ausländischer Warenbezeichnungen ohne rechtliche Konsequenzen erleichterte darüber hinaus den Vertrieb der Imitate im Ausland. Im Falle Deutschlands sicherte dies neue Absatzmärkte und unterstützte den ökonomischen Nachholprozess.

Durch die Nutzung ausländischer Inventionen konnten ganze Stufen der Entwicklungsleiter übersprungen werden. Je näher das technologische Niveau der Produkte und Fertigungsprozesse an die Technologiegrenze heranreichte, desto notwendiger wurden eigene Erfindungen und innovative Produkte, um die wirtschaftliche Entwicklung weiter voranzutreiben. Die Industrien des jeweiligen Landes zeigten ein gesteigertes Interesse am Schutz von Erfindungen, um ihre F&E Investitionen abzusichern.³⁰⁵ Der Umfang des Erfindungsschutzes wurde diesem Bedürfnis schrittweise angepasst. Entwicklungspolitisch wichtige ausländische Technologien, wie im Beispiel der Schweiz chemische Herstellungsverfahren, hielt man

2002. Abrufbar unter: <http://www.cepr.org/Pubs/new-dps/dplist.asp?dpno=3565> (Stand: 16.08.2010).

³⁰² Zur Bedeutung technologischer Innovationen für die wirtschaftliche Entwicklung vgl. *Tannert*, Produktpiraterie China, S. 26 f. (m. w. N.).

³⁰³ Eingehend dazu *Fink/Maskus*, IP and Development, S. 3 f.

³⁰⁴ Zur Verwendung des Begriffs der Gemeinfreiheit in dieser Arbeit vgl. Fn. 178.

³⁰⁵ Vgl. dazu insbesondere die Studie „Beyond the Great Wall – Intellectual Property Strategies for Chinese Companies“ der Boston Consulting Group (BCG), 2007. Abrufbar unter: <http://www.cepr.org/Pubs/new-dps/dplist.asp?dpno=3565> (Stand: 16.08.2010). BCG analysiert in dieser Studie die Bedeutung Geistigen Eigentums für Unternehmen in Entwicklungsphasen von Entwicklungs- und Schwellenländern.

patentfrei, um die inländische Benutzung ohne Zwangslizenzverfahren zu ermöglichen.³⁰⁶

Waren die Industrien des ehemaligen Entwicklungslandes schließlich stark genug, um selbständig Erfindungen hervorzubringen und somit der ausländischen Konkurrenz aus Industrienationen gewachsen, wurden diese umfassend geschützt. Auch für andere Inventionen implementierte man den Schutz durch geistige Eigentumsrechte. Die bewusste Umgehung der Verletzung von Schutzrechten zur Beschleunigung der wirtschaftlichen Entwicklung wurde folglich zugunsten des Inventionsschutzes durch Immaterialgüterrechte aufgegeben. Heute setzen sich die genannten ehemaligen Entwicklungsländer durchweg für einen starken Schutz Geistigen Eigentums ein.

C. Schutz Geistigen Eigentums in China

Die Strategie, im Ausland geschützte Inventionen im eigenen Land möglichst lange nicht durch geistige Eigentumsrechte zu schützen, um fortschrittliche Inventionen nutzen zu können und dadurch die wirtschaftliche Entwicklung voranzutreiben, verfolgt die Volksrepublik hingegen offenbar nicht. Bereits in den ersten Jahren der wirtschaftlichen Modernisierungsphase unter Deng Xiaoping konnten Schutzrechtsverletzungen verzeichnet werden. Auch China nutzte damit fortschrittliche Inventionen aus dem Ausland, implementierte jedoch, im Gegensatz zu den heute bereits industrialisierten Ländern wie Deutschland, den Niederlanden, der Schweiz, Amerika oder Japan, noch auf einem sehr niedrigen wirtschaftlichen Entwicklungsniveau ein immaterialgüterrechtliches Schutzsystem.

I. Materielles Recht

1. Aufbau des immaterialgüterrechtlichen Systems

Zu Beginn der wirtschaftlichen Öffnung der Volksrepublik existierte ein immaterialgüterrechtliches System praktisch nicht. Die bereits bestehenden Vorläufer geistiger Eigentumsrechte waren während der Ära Mao Zedongs (1949-1976) abgeschafft worden, da der Schutz Geistigen Eigentums den marxistisch-leninistischen Theorien widersprach. Die von Deng Xiaoping im Jahr 1978 eingeleiteten Reformen zur außenwirtschaftlichen Öffnung des

³⁰⁶ Oftmals wird versucht pharmazeutische Erfindungen patentfrei zu halten, da sie aus entwicklungspolitischer Sicht häufig von großer Bedeutung sind. Für Länderbeispiele vgl. *Beier/Kunz*, Bedeutung Patentrecht Entwicklungsländer, GRUR Int. 1972, S. 385 ff. (390).

Landes und Steigerung der ökonomischen Leistungsfähigkeit brachten jedoch umfassende Veränderungen im Bereich des Rechtswesens mit sich.³⁰⁷ So wurde nicht nur das Handels- und Wirtschaftsrecht neu geregelt, sondern es änderte sich auch der Umgang mit dem Geistigen Eigentum.³⁰⁸

Wirtschaftliches Wachstum konnte nach Ansicht der obersten politischen Führung der Volksrepublik nur durch eine das ganze Land erfassende Industrialisierung erreicht werden. Der aus verschiedenen Gründen verloren gegangene Anschluss an die internationale technische Entwicklung sollte vor allem durch die Einfuhr fortschrittlicher Techniken wiederhergestellt werden. Bereits frühzeitig setzte sich die Erkenntnis durch, dass dies nur mit Hilfe geistiger Eigentumsrechte und allen voran technischer Schutzrechte möglich sein wird. Maßgebend war dabei weniger das Bewusstsein, dass technische Schutzrechte einen Anreiz für erfinderische Bemühungen geben und so den technischen Fortschritt positiv beeinflussen, sondern dass ein verlässliches immaterialgüterrechtliches Umfeld (insbesondere im Bereich des Patentschutzes) eine wichtige Vorbedingung für Direktinvestitionen und den Transfer technologischen Know-hows darstellt.³⁰⁹

Die Implementierung des Schutzrechtssystems war also Mittel zum Zweck. Schon frühzeitig wurden die ersten Rechtsnormen zum Schutz Geistigen Eigentums erlassen. Noch im Jahr 1978 verabschiedete der Staatsrat eine Verordnung, um Erfindungen zu honorieren.³¹⁰ Nur fünf Jahre später trat das chinesische Gesetz über Handelsmarken in Kraft. Bereits im Jahr 1985 folgte das chinesische Patentgesetz, welches nicht nur den Schutz durch Patente, sondern auch den Schutz durch Gebrauchs- und Geschmacksmuster regelt.

Da China im selben Jahr der PVÜ beitrug, musste der eingeführte Patentschutz schon sieben Jahre nach der Öffnung der Volksrepublik den internationalen Anforderungen entsprechen und ausländischen Erfindungen Schutz gewähren. Japan hingegen profitierte seinerzeit insgesamt 16 Jahre von ausländischen Erfindungen, bevor der Beitritt zu PVÜ erfolgte. China war

³⁰⁷ Ausführlich zur Kodifikationswelle im Zuge der Reformpolitik der „Vier Modernisierungen“ vgl. *von Senger*, Chinesisches Recht, S. 99/305 ff. und *Heuser*, Chinesische Rechtskultur, S. 171 ff.

³⁰⁸ Zu diesem Abschnitt *Blume*, Produktpiraterie Recht, S. 7 f. Eingehend zur Entwicklung des chinesischen Immaterialgüterrechts *Alford*, To steal a book, S. 1 ff. Zur Entwicklung von der Qing Dynastie bis zu den 70er Jahren s. a. *Oksenberg/Potter/Abnett*, Intellectual Property Rights China, S. 12 ff. und *Guo*, Geistiges Eigentum China, GRUR Int. 1997, S. 949 ff.

³⁰⁹ Zu diesem Abschnitt *Häußer*, Gewerblicher Rechtsschutz China, Mitt. 1986, S. 133 ff. (133 f.).

³¹⁰ *Oksenberg/Potter/Abnett*, Intellectual Property Rights China, S. 13.

es allerdings (ähnlich wie der Schweiz) möglich, pharmazeutischen Substanzen und den durch chemische Verfahren gewonnenen Stoffen Patentschutz zu versagen, da die PVÜ keine Vorgaben bezüglich des Ausschlusses von der Patentierbarkeit beinhaltet.³¹¹ Anders als in der Schweiz wurde diese Regelung jedoch schon nach sieben Jahren und nicht erst nach 20 Jahren durch die erste Revision des Patentgesetzes im Jahr 1992 aufgehoben.³¹²

Die Einführung eines urheberrechtlichen Schutzes zögerte man lange Zeit hinaus. Grund dafür waren massive Bedenken, dass ein derartiger Schutz lediglich ausländischen Rechtsinhabern von Nutzen sein könnte.³¹³ Erst im Jahr 1991 wurde das chinesische Urheberrechtsgesetz schließlich erlassen. Es trat im darauf folgenden Jahr in Kraft. Ähnlich wie in Amerika und Japan waren ausländische Urheber nach diesem Gesetz anfangs nicht geschützt. Dies änderte sich jedoch bereits ein Jahr später mit dem Beitritt Chinas zur Berner Übereinkunft und zum Welturheberrechtsabkommen.³¹⁴ Im Vergleich dazu trat Japan der Berner Übereinkunft erst nach 13 Jahren bei – Amerika erst nach knapp 100 Jahren.

2. Druck der USA

Deutlich früher als die heutigen Industrienationen führte China damit einen umfassenderen Schutz Geistigen Eigentums ein. Die grundsätzlich intrinsisch motivierte Entwicklung des immaterialgüterrechtlichen Schutzsystems nach westlichem Modell wurde durch einen anhaltenden handelspolitischen Druck der internationalen Wirtschaftsgemeinschaft ganz wesentlich beschleunigt. Insbesondere Amerika war nur zu Direktinvestitionen und Technologietransfer bereit, wenn China Inventions- und vor allem Technologieschutz gewährte.³¹⁵ In bilateralen Handelsabkommen zwischen den USA und der Volksrepublik wurden daher seit 1979 Regelungen zum Schutz Geistigen Eigentums verankert.³¹⁶ China führte zudem die ersten Schutzgesetze ein.

Aus Sicht der Amerikaner blieb das Schutzniveau für Geistiges Eigentum in der Volksrepublik dennoch weiterhin mangelhaft. Zur besseren Verfolgung

³¹¹ *Ganea/Haijun*, China, in: IP in Asia, S. 20.

³¹² *Guo*, Geistiges Eigentum China, GRUR Int. 1997, S. 949 ff. (950).

³¹³ *Ganea/Haijun*, China, in: IP in Asia, S. 24.

³¹⁴ *Winkler/Wang*, Produktpiraterie China, S. 129.

³¹⁵ *Blume*, Produktpiraterie Akteure, S. 24.

³¹⁶ Zu den Abkommen vgl. *Winkler/Wang*, Produktpiraterie China, S. 133 und *Blume*, Produktpiraterie Recht, S. 8.

der eigenen Handelsinteressen verabschiedete der US-Kongress daraufhin im Jahr 1988 ein Gesetz, durch das die Sektion 301 des US-Trade Acts um die Vorschrift „Special 301“ erweitert wurde. Diese hält den United States Trade Representative (USTR) dazu an, unilaterale Handelssanktionen wie Strafzölle oder Quotenregelungen zu ergreifen, wenn der Schutz Geistigen Eigentums in einem Land nicht ausreichend gewährleistet wird und Konsultationen erfolglos bleiben. Zur Überwachung der einzelnen Länder werden eine „watch list“ und eine „priority watch list“ geführt. Bereits im Jahr 1989 wurde China auf Betreiben amerikanischer Unternehmen auf die „priority watch list“ gesetzt. Als Reaktion darauf trat die Volksrepublik noch im Jahr 1989 dem Madrider Markenabkommen bei und verabschiedete im Jahr 1990 das Urheberrechtsgesetz.³¹⁷

Auch in den Jahren 1992 und 1995 untersuchten die USA Maßnahmen der Volksrepublik zum Schutz Geistigen Eigentums eingehender. Trotz legislativer Bemühungen von Seiten der chinesischen Regierung bezichtigte die US-Regierung die Volksrepublik auch weiterhin schwerwiegender Verletzungen Geistigen Eigentums, welchen China aus amerikanischer Sicht mit einem zu niedrigen Schutzniveau begegnete. Um den handelspolitischen Druck zu erhöhen, drohten die USA mit erheblichen Strafzöllen, wenn nicht binnen eines festgesetzten Zeitraums Änderungen am Schutzrechtssystem vorgenommen würden. In beiden Fällen wandte China milliardenschwere amerikanische Zölle auf chinesische Importe durch Unterzeichnung einer Absichtserklärung zum gegenseitigen Schutz Geistigen Eigentums (Memorandum of Understanding) in letzter Minute ab und passte das bestehende Schutzrechtssystem entsprechend an.³¹⁸

3. Beitritt zur WTO

Ungeachtet weiterer Bemühungen und der Androhung massiver Handelssanktionen konnte die US-Regierung nicht den gewünschten Erfolg erzielen. Das immaterialgüterrechtliche Schutzniveau war aus amerikanischer Sicht nach wie vor unbefriedigend, obwohl die Volksrepublik in den 80er Jahren und Anfang der 90er Jahre allen wichtigen internationalen

³¹⁷ Blume, Produktpiraterie Recht, S. 10.

³¹⁸ Eingehend zu den Bemühungen der USA in den 90er Jahren vgl. Blume, Produktpiraterie Recht, S. 10 ff., Tannert, Produktpiraterie China, S. 39 und Heath, Gewerblicher Rechtsschutz Südostasien, GRUR Int. 1997, S. 187ff. (193 f.).

Abkommen zum Schutz Geistigen Eigentums beigetreten war und Schutzgesetze revidiert hatte.³¹⁹

Deutlich vorangetrieben wurde die weitere Entwicklung des chinesischen Schutzrechtssystems durch die Bemühungen der Volksrepublik um die Mitgliedschaft in der WTO. Von der Liberalisierung des Handels versprach sich China nicht nur gleichberechtigten Zugang zu den Exportmärkten der WTO-Mitgliedstaaten, sondern auch erhöhte ausländische Direktinvestitionen und eine gesteigerte Bereitschaft zum Technologietransfer. Um die Vorzüge des freien Handels genießen zu können, musste die Volksrepublik nicht nur die globalen Handelsrichtlinien erfüllen, sondern vor allem auch das chinesische Schutzrechtssystem an die Mindestanforderungen des TRIPS-Abkommens anpassen. Die Beitrittsverhandlungen zogen sich allerdings nicht zuletzt deshalb 15 Jahre hin, weil die USA ihr Einverständnis zum WTO-Beitritt Chinas von den chinesischen Erfolgen beim Aufbau eines umfassenden Schutzrechtssystems abhängig machten.³²⁰

Der Wunsch zur Teilnahme am liberalisierten Welthandel zwang China daher dazu, das bestehende immaterialgüterrechtliche System abzuändern und beispielsweise gem. Art. 27 TRIPS auch pharmazeutischen Substanzen oder den durch chemische Verfahren gewonnenen Stoffen Patentschutz zu gewähren. Zu signifikanten Verbesserungen des Schutzrechtssystems war die Volksrepublik jedoch erst bereit, als sich die WTO-Mitgliedschaft nach mehrjährigen Verhandlungen erkennbar abzeichnete.³²¹ Kurz vor dem Beitritt zur WTO im Dezember 2001 wurden schließlich noch alle wichtigen immaterialgüterrechtlichen Gesetze in einer Änderungswelle revidiert.³²²

4. Einhaltung der materiellen Mindestschutzstandards des TRIPS-Abkommens

Industrialisierte Länder wie Deutschland, die Niederlande, die Schweiz, die USA oder Japan profitierten von den Vorzügen eines niedrigen materiellen Schutzstandards über Jahrzehnte hinweg. Der Volksrepublik blieben hingegen nur wenige Jahre. Anders als beispielsweise Japan hatte China

³¹⁹ Eine Übersicht sämtlicher Abkommen findet sich bei *Pattloch*, China, in: *Intellectual Property in Asia*, S. 40 und bei *Winkler/Wang*, *Produktpiraterie China*, S. 132.

³²⁰ *Tannert*, *Produktpiraterie China*, S. 40.

³²¹ Kong Qingjiang, *Intellectual Property Rights Protection in Post-WTO China: Still an Incurable Blight on Sino-U.S. Trade Relations?*, *Issues & Studies*, Vol. 38, No. 3, September 2002, S. 65.

³²² Eingehend zu den Änderungen vgl. *Pattloch*, China, in: *Intellectual Property in Asia*, S. 46 f. und *Guo*, *TRIPS and IP in China*, *GRUR Int.* 1996, S. 292 ff. (294 f.).

nicht die Möglichkeit, die Auswirkungen des Schutzsystems auf die nationale Entwicklung zunächst unabhängig zu erproben und es den sozioökonomischen Gegebenheiten des Landes anzupassen. China konnte sich dem Druck der internationalen Wirtschaftsgemeinschaft (vor allem der Amerikaner), ein umfassendes Schutzrechtssystem zu implementieren und dem dichten Netz aus multilateralen Übereinkommen zum Schutz Geistigen Eigentums beizutreten, nicht sehr lange verschließen.

Durch die Einbindung des TRIPS-Abkommens in den Rahmen der WTO im Jahr 1994 hat sich dieser Druck auf Länder in Entwicklungsphasen deutlich erhöht, da TRIPS den Immaterialgüterrechtsschutz zur Voraussetzung für die Teilnahme am Welthandel macht. Ohne die Einführung immaterialgüterrechtlicher Mindeststandards werden keine Handelsvorteile gewährt. Dies führt dazu, dass Länder in Entwicklungsphasen gewillt sind, die gleichen materiellen Mindestschutzanforderungen für Geistiges Eigentum zu erfüllen wie bereits industrialisierte WTO-Mitglieder, obwohl sie ihrem wirtschaftlichen Entwicklungsniveau entsprechend ein beschränktes Interesse am Schutz geistiger Leistungen haben und TRIPS ihre Gestaltungsmöglichkeiten einschränkt.

Das auf nationaler Ebene bestehende Spannungsverhältnis zwischen dem Interesse des Schöpfers an einem angemessenen Schutz seiner geistigen Leistung und dem Interesse der Allgemeinheit an einer möglichst gemeinfreien Nutzung derselben findet im internationalen Kontext folglich eine Parallele im völkerrechtlichen Ausgleich zwischen den Interessen von Industrie- und Entwicklungsländern. Durch die Verbindung des Immaterialgüterrechtsschutzes mit anderen Bereichen des internationalen Welthandelssystems wird das Spannungsverhältnis zwischen Industrienationen, die sich für ein möglichst hohes Schutzniveau einsetzen, und Entwicklungsländern, die ein niedriges Niveau als Entwicklungschance betrachten, im Wege einer Austauschbeziehung gelöst.³²³

³²³ Bereits seit Jahren wird allerdings rechtspolitisch intensiv darüber diskutiert, ob es sich dabei um eine ausgewogene Austauschbeziehung handelt. Strittig ist insbesondere, ob der Schutz Geistigen Eigentums durch TRIPS den für die erwünschten Investitionen in Entwicklungsländer notwendigen rechtlichen Rahmen schafft oder ob er nicht im Gegenteil der Bevölkerung vor allem den Zugang zu wichtigen Gütern wie Arzneimitteln erschwert und Imitationen verbietet, die für die wirtschaftliche Entwicklung notwendig sind. Vgl. dazu *Pacón*, TRIPS Entwicklungsländer, GRUR Int. 1995, S. 875 ff. und *Heath*, Bedeutet TRIPS Schlechterstellung, GRUR Int. 1996, S. 1169 ff.

II. Rechtsdurchsetzung

Durch die Mitgliedschaft in der WTO verpflichtete sich die Volksrepublik zur vollständigen und unmittelbaren Umsetzung der TRIPS-Vorgaben.³²⁴ Das chinesische Schutzrechtssystem ist deshalb seit dem Jahr 2001 im Wesentlichen vollständig und entspricht den internationalen Anforderungen.³²⁵ Gerade weil es nicht mehr möglich ist, den materiellen Schutzstandard für Geistiges Eigentum durch Protektionismus auf einem niedrigen Niveau zu halten, verwundert die Tatsache, dass bislang kein signifikanter Rückgang der Schutzrechtsverletzungen in China festgestellt werden konnte. Das Ausmaß und die Schwere der Verletzungen nahmen im Gegenteil auch nach Chinas WTO-Beitritt beständig zu. Die Zunahme der Rechtsverstöße muss deshalb auf Schwächen bei der Rechtsdurchsetzung zurückzuführen sein.

1. Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung

Im Gegensatz zu den meisten Rechtsordnungen besteht in China die Möglichkeit, neben den Gerichten die Verwaltungsbehörden bei der Durchsetzung von Schutzrechten einzubeziehen (duales oder doppelspuriges System genannt). Ursächlich dafür ist die historisch bedingt starke administrative Gewaltenkonzentration.³²⁶

(a) Gerichtsverfahren

Verletzungsprozesse können in China sowohl vor den Zivil- als auch den Strafgerichten angestrengt werden. Strafrechtlich relevant werden Schutzrechtsverletzungen grundsätzlich erst ab Überschreitung bestimmter Schwellenwerte. In einer Stellungnahme des Volksgerichts und der Staatsanwaltschaft zur strafrechtlichen Behandlung von Schutzrechtsverletzungen aus dem Jahr 2004 wurden die Schwellenwerte für die Strafbarkeit von Einzeltätern wie folgt festgelegt: bei Marken- und Urheberrechtsverletzungen auf einen Gesamtwert der schutzrechtsverletzenden Produkte in Höhe von mindestens 50.000 RMB (dies entspricht rund 5.000 Euro) oder einen Verletzergewinn von mindestens 20.000 RMB und bei Patentverletzungen auf einen Gesamtwert der Produkte in Höhe von mindestens 200.000 RMB oder einen

³²⁴ Hilf/Oeter/Michaelis/Bender, WTO-Recht, § 24 Rn. 76.

³²⁵ Dazu Ring, China Geistiges Eigentum, S. 41 ff.

³²⁶ Tannert, Produktpiraterie China, S. 92.

Verletzergewinn von mindestens 100.000 RMB. Bei Unternehmen werden die Schwellenwerte in etwa verdreifacht³²⁷

Die Durchsetzung von Schutzrechten vor den Strafgerichten hätte durch empfindliche Geldstrafen und Gefängnisstrafen bis zu sieben Jahren mit Abstand den stärksten Abschreckungseffekt.³²⁸ Sie spielt allerdings aus zwei Gründen eine untergeordnete Rolle: Zum einen sind die Verwaltungsbehörden sehr zurückhaltend bei der Weiterleitung von Fällen an die Strafgerichte, da sie dann auf Einnahmen aus an sie zu zahlenden Geldstrafen verzichten müssten. Zum anderen erschweren hohe formale Hürden und Beweisregeln die Einleitung eines Verfahrens vor den Strafgerichten durch den Rechtsinhaber selbst.³²⁹

Zivilprozesse werden zwar grundsätzlich ebenso selten angestrengt, haben aber in den letzten Jahren vor allem bei Markenrechtsverletzungen an Bedeutung gewonnen.³³⁰ Für Klagen auf Unterlassung und Schadensersatz sind in erster Instanz lokale Gerichte unterhalb der Provinzebene sachlich zuständig. Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach dem Geschäftssitz des Verletzers, dem Ort der unerlaubten Handlung oder dem Ort der Vertragserfüllung.³³¹ Im Gegensatz zum Verwaltungsverfahren sind die Anforderungen an die Zulässigkeit von Beweismitteln im Verfahren vor den Zivilgerichten sehr hoch. Beweismittel, die aus dem Ausland stammen, dürfen nur in notariierter Form in das Verfahren eingebracht werden. Gleiches gilt für Prozessvollmachten sowie für die Gründungsunterlagen von Gesellschaften.³³² Da die Verfahren vor den Zivilgerichten meist mehrere Jahre dauern, sind die Kosten der Rechtsverfolgung für die meisten Unternehmen nicht darstellbar, so dass in der Regel dem billigeren

³²⁷ Ausführlich zu den Schwellenwerten *Papageorgiou/Seyboth*, Durchsetzung in der VR China, in: Produkt- und Konzeptpiraterie, S. 314 und *Fuchs*, Piraten Kopierer, S. 206 f.

³²⁸ *Papageorgiou/Seyboth*, Durchsetzung in der VR China, in: Produkt- und Konzeptpiraterie, S. 313. Ausführlich zum strafrechtlichen Verfahren vgl. *Meyer*, Produktpiraterie China, S. 76 ff.

³²⁹ Vgl. den Abschlussbericht zur Vorstudie des Forschungsprojekts „Probleme der Rechtsdurchsetzung des Urheber-, Marken- und Patentrechts in China und deren Auswirkungen auf die Marktstrategie deutscher Unternehmen“ der Hochschule Darmstadt, September 2008, S. 36. Abrufbar unter: http://www.h-da.de/fileadmin/documents/Medien/Produkt-und_Markenpiraterie_Studie.Hochschule.Darmstadt.pdf (Stand: 16.08.2010).

³³⁰ Dazu *Papageorgiou/Seyboth*, Durchsetzung in der VR China, in: Produkt- und Konzeptpiraterie, S. 315. Eingehend zum Verfahren vor den Zivilgerichten vgl. *Meyer*, Produktpiraterie China, S. 41 ff.

³³¹ *Von Welser/González*, Marken- und Produktpiraterie, S. 222.

³³² *Fuchs*, Piraten Kopierer, S. 200 ff.

Verwaltungsverfahren der Vorzug gegeben wird. Der Zivilrechtsweg kann allerdings auch noch eingeschlagen werden, wenn man bereits im Verwaltungsverfahren unterlegen ist.

Seit dem Jahr 2001 besteht darüber hinaus die Möglichkeit, vorläufigen Rechtsschutz im Wege der Vermögenssicherung oder der Vorwegvollstreckung zu erlangen. Dieser wird allerdings auch heute noch sehr selten in Anspruch genommen. Vor allem Ausländer machen davon kaum Gebrauch. Ein Grund dafür ist der Umstand, dass einstweilige Maßnahmen die Hinterlegung einer Sicherheit (durch Bürgschaft oder Zahlung) erfordern, deren Höhe sich nach dem möglichen Verlust des Antragsgegners richtet. Für ausländische Antragsteller stellt die Sicherheitsleistung eine oftmals unüberwindbare Hürde dar. Wenn keine Tochtergesellschaft in China angesiedelt ist, welche die Bürgschaft übernehmen kann, ist der ausländische Antragsteller darauf angewiesen, die Sicherheit in bar zu leisten. Da für Zahlungen aus dem Ausland die staatliche Aufsichtsbehörde für Devisentransfer eingeschaltet werden muss, vergeht oftmals kostbare Zeit, bis die Behörde die Zahlung genehmigt. Zudem müssen alle ausländischen Beweismittel bei mehreren Stellen beglaubigt werden – in Deutschland beispielsweise vom Notar, dem Landgericht, dem Bundesverwaltungsamt und dem chinesischen Konsulat.³³³

(b) Verwaltungsverfahren

Für das Verwaltungsverfahren sind die jeweiligen Lokalbehörden zuständig.³³⁴ In Patentangelegenheiten sind dies die Lokalbehörden des State Intellectual Property Offices (das Patent Administration Bureau – PAB), in Urheberrechtsangelegenheiten die der National Copyright Association of China (NAC) und in Markenrechtsstreitigkeiten die der State Administration for Industry and Commerce (die Administration for Industry and Commerce - AIC). Auf Antrag kann veranlasst werden, dass gegen den Verletzer vorgegangen wird. Hat der Rechtsinhaber die nötigen Beweise bei der zuständigen Behörde eingereicht, so kann diese im Idealfall sofort eine Untersuchung einleiten und anschließend die Unterlassung weiterer Schutzrechtsverletzungen anordnen, schutzrechtsverletzende Ware

³³³ Vgl. zum einstweiligen Rechtsschutz. den Abschlussbericht der Hochschule Darmstadt (Fn. 329), S. 36 f. und *Zhou*, Einstweilige Maßnahmen China, GRUR Int. 2006, S. 560 ff. (562 ff.).

³³⁴ Ausführlich zum Verwaltungsverfahren vgl. *Meyer*, Produktpiraterie China, S. 6 ff., *Pattloch*, China, in: Intellectual Property in Asia, S. 73 ff. und *Tannert*, Produktpiraterie China, S. 92 ff.

beschlagnahmen oder vernichten sowie Geldstrafen verhängen. Die Behörden können auch eigenständig, zum Beispiel durch Razzien auf Messen, tätig werden.³³⁵ In etwa 85% bis 90% der Verletzungsfälle wird das Verwaltungsverfahren gewählt.³³⁶ Grund dafür sind seine Schnelligkeit und höhere Effektivität sowie die deutlich geringeren Kosten im Vergleich zum Gerichtsverfahren. Nachteilig ist, dass die Verwaltungsbehörden keinen Schadensersatz gewähren können. Dies ist den Zivilgerichten vorbehalten.

(c) Zollbeschlagnahmen

Das chinesische Rechtssystem bietet außerdem die Möglichkeit, im Wege eines Grenzbeschlagnahmeverfahrens gegen den Import und Export schutzrechtsverletzender Ware vorzugehen.³³⁷ Nahezu sämtliche durchgeführten Beschlagnahmeverfahren betreffen allerdings den Warenexport.³³⁸ Damit die Zollbehörden tätig werden können, muss ein Antrag bei der zentralen Zollverwaltung in Beijing gestellt werden. Dieser kostet ca. 80 Euro und ist zehn Jahre gültig. Zwar ist das Antragserfordernis offiziell nicht mehr zwingende Voraussetzung für das Einschreiten des Zolls, in der Praxis verhält es sich jedoch so, dass dieser ohne Antragstellung nicht tätig wird.³³⁹

Hält eine Zolldienststelle verdächtige Ware zurück, so informiert sie den Rechtsinhaber. Er muss begutachten, ob es sich aus seiner Sicht um schutzrechtsverletzende Ware handelt. Erst dann wird die Ware endgültig beschlagnahmt. Anschließend muss die Zollbehörde innerhalb von 30 Tagen prüfen, ob tatsächlich eine Verletzung von Schutzrechten des Rechtsinhabers vorliegt. Stellt sie keine Verletzung fest und wird nicht innerhalb von 50 Tagen ein gerichtliches Sachentscheidungsverfahren durchgeführt, so wird die Ware wieder freigegeben. Hat der Schutzrechtsinhaber keinen Antrag bei der zentralen Zollverwaltung gestellt, so können auch sogenannte ad-hoc Beschlagnahmen beim Zoll direkt beantragt werden, wenn der Schutzrechtsinhaber von einer bevorstehenden schutzrechtsverletzenden Warenlieferung Kenntnis erlangt. Im Anschluss an diese Beschlagnahme muss allerdings ein gerichtliches

³³⁵ Vgl. den Abschlussbericht der Hochschule Darmstadt (Fn. 329), S. 34.

³³⁶ *Papageorgiou/Seyboth*, Durchsetzung in der VR China, in: Produkt- und Konzeptpiraterie, S. 313.

³³⁷ Eingehend zum Grenzbeschlagnahmeverfahren vgl. *Chi*, Border Enforcement China, IIC 1996, S. 490 ff.; *Meyer*, Produktpiraterie China, S. 30 ff. und *Pattloch*, China, in: Intellectual Property in Asia, S. 76 ff.

³³⁸ *Fuchs*, Piraten Kopierer, S. 210 f.

³³⁹ Dazu *Blume*, Produktpiraterie Recht, S. 42.

Sachentscheidungsverfahren durchgeführt werden. Der Zoll kann rechtmäßig beschlagnahmte Ware für karitative Zwecke spenden, vernichten oder nach Entfernung der rechtsverletzenden Merkmale versteigern.³⁴⁰

Das Grenzbeschlagnahmeverfahren ist einfach und kostengünstig. Die Zollbehörden gelten als kooperativ, versiert und unabhängig. Vor allem ausländische Unternehmen bemühen sich um gute Beziehung zu den Zolldienststellen. Sie führen auch Schulungen des Zolls durch, damit die Beamten schutzrechtsverletzende Ware leichter erkennen. Für das Grenzbeschlagnahmeverfahren sind allerdings Sicherheiten zu hinterlegen. Diese entsprechen grundsätzlich 50% des Warenwertes – mindestens jedoch 20.000 und höchstens 100.000 RMB. Bei einer ad-hoc Beschlagnahme muss eine Sicherheit in Höhe von 100% des Warenwertes hinterlegt werden.³⁴¹

2. Probleme bei der Durchsetzung von Schutzrechten

Auch in der Volksrepublik bestehen also die nötigen Strukturen zur Durchsetzung von Schutzrechten, wobei in der Praxis hauptsächlich die Rechtsdurchsetzung mit Hilfe der Behörden und das Verfahren vor den Zivilgerichten von Relevanz sind. Die Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte auf diesen Wegen macht allerdings seit Jahren vor allem ausländischen Rechtsinhabern³⁴² zu schaffen, da Rechtstheorie und Rechtswirklichkeit häufig deutlich divergieren.³⁴³ Die Schwierigkeiten bei der Rechtsdurchsetzung konzentrieren sich neben den genannten hohen formalen Anforderungen, den beträchtlichen Kosten und der mitunter sehr langen Dauer der Verfahren auf die folgenden Problemschwerpunkte:

Im Rahmen des nur selten gewählten Weges der gerichtlichen Durchsetzung von Schutzrechten ist ein deutlicher Unterschied zwischen der fortschrittlichen Rechtsprechung in den Wirtschaftszentren des Ostens und der Rechtsprechung in westlicheren ländlichen Regionen erkennbar. Die

³⁴⁰ *Blume*, Produktpiraterie Recht, S. 44.

³⁴¹ Vgl. den Praxisleitfaden „China Know-how“ des DIHK und des APM zum Thema „Zoll“.

³⁴² Zum Problem der Rechtsdurchsetzung in China aus der Sicht europäischer Rechtsinhaber vgl. *Ranjard/Misonne*, IP Environment China, S. 6 und 10 ff. Ausführlich zum Problem der Rechtsdurchsetzung in China aus amerikanischer Sicht vgl. Intellectual Property Protection as Economic Policy: Will China ever enforce its IP laws?, Roundtable before the Congressional-Executive Commission on China, First Session, 16.05.2005. Für weitere Beispielfälle siehe *Blume*, Produktpiraterie Recht, S. 20 ff.

³⁴³ *Ganea/Haijun*, China, in: IP in Asia, S. 32.

Gerichte in Beijing und Shanghai gelten als qualifiziert.³⁴⁴ In Städten und Kreisen außerhalb der Küstenregionen sind Richter mit immaterialgüterrechtlichen Streitigkeiten aber häufig überfordert.³⁴⁵ Zudem werden vor allem die Entscheidungen der Gerichte in den westlicheren Provinzen oftmals maßgeblich von der persönlichen Beziehung einer Partei oder eines lokalen Politikers zum Richter beeinflusst. Auch orientieren sich die richterlichen Entscheidungen an den Leitlinien der Politik. Ausländische Rechtsinhaber sind daher insbesondere in lokalen Gerichtsverfahren ohne jede Chance.³⁴⁶ Darüber hinaus schrecken die in Zivilprozessen zugesprochenen Schadensersatzzahlungen in Höhe eines vier- bis fünfstelligen Euro-Betrags³⁴⁷ Imitatoren nicht vor weiteren Produktnachahmungen ab: Derartige Zahlungen werden in den Verkaufspreis der Imitate einkalkuliert.

Im Bereich des Verwaltungsverfahrens schützen lokale Behörden (unter Missachtung der bestehenden Gesetze) häufig ortsansässige Verletzer vor Ansprüchen ortsfremder Rechtsinhaber.³⁴⁸ So warnen die Behörden die Rechtsverletzer beispielsweise vor Durchsuchungen oder geben die beschlagnahmten Gegenstände an diese zurück. Auch vernichten Zollbehörden beschlagnahmte Produkte oder die zu ihrer Herstellung notwendigen Maschinen nicht nachweislich.³⁴⁹ Zudem sind die von den Verwaltungsbehörden festgelegten Geldstrafen in der Regel zu niedrig, als dass sie Imitatoren vor weiteren Schutzrechtsverletzungen abschrecken könnten.

Die Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte scheitert folglich an einer regional unterschiedlich weit fortgeschrittenen, aber in Summe größtenteils noch ineffektiven Rechtspflege sowie lokalem Protektionismus. Bereits seit Jahren wird die zumindest stark verbesserungswürdige Rechtsdurchsetzung in China von der internationalen Wirtschaftsgemeinschaft kritisiert. Auch in diesem Jahr steht die Volksrepublik beispielsweise erneut wegen mangelhafter Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte auf der „priority watch List“ des „Special 301 Reports“.³⁵⁰ Die chinesische Regierung bekundet zwar immer wieder ihre Absicht, die Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten zu

³⁴⁴ Siehe dazu *Ganea/Haijun*, China, in: IP in Asia, S. 29.

³⁴⁵ *Blume*, Produktpiraterie Recht, S. 33.

³⁴⁶ Vgl. den Abschlussbericht der Hochschule Darmstadt (Fn. 329), S. 21 und 42.

³⁴⁷ Für Einzelbeispiele vgl. Fn. 329 a. a. O. S. 45 f.

³⁴⁸ *Klunker*, IP Forum Shanghai, GRUR Int. 2008, S. 209 ff. (211).

³⁴⁹ *Blume*, Produktpiraterie Recht, S. 28.

³⁵⁰ USTR 2009 Special 301 Report, April 2009, S. 13 ff.

verbessern, und unternimmt Schritte in diese Richtung. Gleichwohl ändert sich faktisch kaum etwas. Die entscheidende Frage ist daher, weshalb die Herstellung und der Vertrieb schutzrechtsverletzender Produkte nicht effektiver bekämpft werden beziehungsweise werden können.

(a) Ineffektivität der Rechtspflege

(aa) Fehlendes Rechtsbewusstsein

Als Argument für die Schwierigkeiten bei der Rechtsdurchsetzung in China wird häufig vorgebracht, dass das Bewusstsein für Geistiges Eigentum in der Volksrepublik kulturell bedingt eher schwach ausgeprägt sei. Nach traditioneller, kollektivistischer Auffassung würden geistige Errungenschaften als Gemeingut angesehen, das von jedermann wirtschaftlich genutzt werden könne. Das wesentliche Prinzip des Immaterialgüterrechts, die Monopolisierung geistiger Leistungen, stehe im Widerspruch zu dieser Auffassung. Bis heute mangle es daher an einem entsprechenden Rechtsbewusstsein der Bevölkerung im Hinblick auf den Schutz Geistigen Eigentums. Ebenso wird vorgebracht, dass der Schutz Geistigen Eigentums der in China bestehenden „Kopierkultur“ zuwiderlaufe. Der Philosophie des Konfuzius entsprechend werde die Nachahmung als legitime Methode des Lernens angesehen, um den eigenen Stil zu perfektionieren. Imitieren gelte zudem als Ehrerbietung und Ausdruck der Anerkennung des Meisters.³⁵¹

Kollektivismus und Konfuzianismus mögen die niedrige Hemmschwelle erklären, geistige Leistungen anderer zu übernehmen und für manchen als Begründung für das Ausmaß der Produktnachahmungen und der Verletzung von Schutzrechten ausreichend sein. Die jährlich massiv steigenden Anmeldezahlen für Patente und Marken chinesischer Antragsteller zeigen jedoch, dass sich auch in der Volksrepublik ein Bewusstsein für Geistiges Eigentum etabliert und sich die Akzeptanz des immaterialgüterrechtlichen Systems deutlich fortentwickelt.³⁵² Zudem muss stark bezweifelt werden, dass sich das Gros der Hersteller schutzrechtsverletzender Produkte in China vom Konfuzianismus leiten lässt, denn Konfuzius ging es um das Lernen durch den Kopiervorgang selbst – also zum Beispiel um die Abschrift per Hand.³⁵³ Die Massenproduktion von Imitaten mittels moderner

³⁵¹ Zu diesem Abschnitt *Fuchs*, Piraten Kopierer, S. 63 ff.

³⁵² Die Statistiken des chinesischen Patentamts sind abrufbar unter: http://www.sipo.gov.cn/sipo_English/statistics/. Die Zahlen des Markenamtes sind abrufbar unter: <http://sbj.saic.gov.cn/english/tjxx/tjxx.asp> (jeweils Stand 08.12.2009).

³⁵³ *Heath*, Bedeutet TRIPS Schlechterstellung, GRUR Int. 1996, S. 1169 ff. (1172).

Reproduktionsmethoden ist jedoch schwerlich mit der konfuzianischen Lehre zu vereinbaren. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Motivation zur Herstellung schutzrechtsverletzender Imitate das profane wirtschaftliche Interesse der Gewinnmaximierung ist.

Zwar mögen die kulturellen Vorprägungen der chinesischen Gesellschaft der Umsetzung des immaterialgüterrechtlichen Systems in China nicht unbedingt dienlich sein. Für die ineffektive Durchsetzung der Rechte des Geistigen Eigentums greifen diese Begründungsansätze aber zu kurz.

(bb) Ungenügende Qualifikation der Richter

Ursächlich für die Ineffektivität der Rechtspflege ist vielmehr die mangelnde Qualifikation der Richter und Justizbeamten selbst. Zwar war der Aufbau des immaterialgüterrechtlichen Systems in den 80er und 90er Jahren mit Chinas WTO-Beitritt abgeschlossen, es mussten jedoch nicht nur der Rechtsrahmen und die nötige Infrastruktur quasi aus dem Nichts geschaffen werden, sondern vor allem auch die dazugehörige Rechtspflege.³⁵⁴ Deren Aufbau gestaltete sich jedoch äußerst schwierig: Da sämtliche Hochschulen unter Mao geschlossen wurden, fand lange Zeit keine Juristenausbildung statt.³⁵⁵ Richter und Justizbeamte waren bäuerlicher oder proletarischer Herkunft. Zu Beginn der Reformperiode Ende der 70er Jahre war die Personalstruktur an den Gerichten deshalb völlig unzulänglich. Nur ein Bruchteil des gesamten Justizpersonals konnte eine juristische Ausbildung vorweisen und hatte Praxiserfahrung.³⁵⁶

Hinzu kommt, dass China mit 1,3 Milliarden Einwohnern nicht nur die bevölkerungsreichste Nation der Erde, sondern auch ein sehr großflächiges Land mit extremen regionalen Disparitäten ist. Für China stellt es deshalb eine große Herausforderung dar, landesweit eine entsprechende Qualität der Rechtspflege sicherzustellen.³⁵⁷ Zwar wurden und werden große Anstrengungen unternommen, um die fachliche Qualifikation der Richter zu verbessern. Bis heute konnte dieses Defizit jedoch nicht behoben werden. Schätzungen zufolge verfügen erst 20% der Richter über eine juristische Ausbildung.³⁵⁸ Noch immer sind mangels Alternativen vor allem an Provinzgerichten im Westen des Landes zahlreiche Richter ehemalige

³⁵⁴ *Ganea/Haijun*, China, in: IP in Asia, S. 18.

³⁵⁵ Vgl. den Abschlussbericht der Hochschule Darmstadt (Fn. 329), S. 41.

³⁵⁶ Eingehend dazu *Heuser*, Chinesische Rechtskultur, S. 245 ff.

³⁵⁷ *Klunker*, IP Forum Shanghai, GRUR Int. 2008, S. 209 ff. (212).

³⁵⁸ Vgl. den Abschlussbericht der Hochschule Darmstadt (Fn. 329), S. 81.

Militärkader. Angesichts der relativ hohen Komplexität des immaterialgüterrechtlichen Systems ist es nicht verwunderlich, dass diese mit der Materie überfordert sind. In den kommenden Jahren ist hier jedoch mit deutlichen Verbesserungen zu rechnen, da China ganz erheblich in die juristische Ausbildung von Richtern investiert. Zudem wurden an zahlreichen Gerichten bereits spezialisierte Senate eingeführt, deren Richter auf dem Gebiet des Geistigen Eigentums ausgebildet sind.³⁵⁹

(cc) Fehlende richterliche Unabhängigkeit

Das größte Problem im Zusammenhang mit der Effektivität der Rechtspflege ist die fehlende Unabhängigkeit der Rechtsprechung. Der Einsatz und die Abberufung von Richtern obliegen auf lokaler Ebene dem jeweiligen Parteikomitee. Auch die Beförderung und die Besoldung der Richter werden von örtlichen Partei- und Regierungsinstanzen und nicht zentral durch das Justizministerium vorgenommen. Jedem Gericht steht darüber hinaus ein Gerichtspräsident vor, der gewöhnlich gleichzeitig den Posten des Parteisekretärs des Gerichts innehat. Ihm sind sämtliche Urteile vor Verkündung zur Überprüfung vorzulegen. Er darf diese ohne Begründung abändern und macht davon in der Praxis sehr häufig Gebrauch. Da Richter zudem Mitglied der Kommunistischen Partei Chinas sein müssen, besteht oftmals ein starkes Beziehungsgeflecht zwischen Richtern, Regierungsvertretern und Parteikadern.³⁶⁰

Die Einflussnahme der Partei auf gerichtliche Prozesse führt dazu, dass Gerichte eher dazu geneigt sind, mit ihren Entscheidungen den wirtschaftlichen Interessen der Kommunalregierungen zu folgen, anstatt unparteiische Entscheidungen zu treffen. Auch die Festsetzung niedriger Schadensersatzleistungen für lokal ansässige Fälscherbetriebe ist darauf zurückzuführen.³⁶¹ Faktisch fehlt es für eine effektive Rechtspflege am zentralen rechtsstaatlichen Element der Gewaltenteilung.³⁶²

³⁵⁹ Klunker, IP Forum Shanghai, GRUR Int. 2008, S. 209 ff. (211).

³⁶⁰ Zu diesem Abschnitt Tannert, Produktpiraterie China, S. 86 m. w. N.

³⁶¹ Tannert, Produktpiraterie China, S. 87.

³⁶² Ausführlich dazu Blume, Produktpiraterie Akteure, S. 71 ff.

(b) Lokaler Protektionismus

Der im Bereich des Verwaltungsverfahrens vorhandene lokale Protektionismus hat verschiedene Ursachen.³⁶³ Die Durchsetzung von Schutzrechten wird zunächst dadurch beeinflusst, dass die lokalen Behörden oftmals sehr intensive Beziehungen zu organisierten Fälscherbetrieben unterhalten, da sie neben der Rechtsdurchsetzung weitere Aufgaben wahrnehmen. So ist beispielsweise die AIC für das Unternehmensregister und für eine Reihe von Genehmigungsverfahren zuständig. Zudem sind Behörden oft indirekt oder direkt an Fälscherbetrieben oder anderen illegalen Unternehmungen beteiligt. So wird der weltgrößte Großhandelsmarkt für nachgeahmte Konsumgüter in Yiwu, der sogenannte „China Small Commodities Market“, von der lokalen AIC verwaltet. Er bildet mit weiteren rund 1.000 Großhandelsmärkten das Herzstück des innerchinesischen Handels mit nachgeahmten Konsumgütern. 80% bis 90% der in diesen Märkten gehandelten Waren sind stammen nicht von Originalherstellern. Allein über Standmieten realisiert die AIC in Yiwu monatliche Einnahmen in Höhe von 1 Million RMB.³⁶⁴ Außerdem waren beziehungsweise sind zahlreiche Städte und Provinzen Eigentümer von (ehemaligen) Staatsbetrieben, die heute als Fälscherbetriebe operieren. Die Verwaltungsbehörden sind folglich häufig keine unparteiische Instanz gegenüber den Fälscherbetrieben. Es ist daher nicht verwunderlich, dass ihre Entscheidungen lokalen Einflüssen unterliegen und sich die Behördenmitarbeiter anfällig für Korruption zeigen.³⁶⁵

Hinzu kommt, dass vor allem in den ländlichen Regionen Hunderttausende in der Imitationsbranche Beschäftigung finden. Die Fälscherbetriebe zählen dort vielfach zu den wichtigsten Arbeitgebern.³⁶⁶ Eine effektivere Durchsetzung von Schutzrechten hätte den Verlust zahlreicher Arbeitsplätze zur Folge. Die durch den Privatisierungs- und Umstrukturierungsprozess³⁶⁷ der defizitären Staatsbetriebe ohnehin schon bestehende hohe Arbeitslosigkeit in vielen Regionen würde dadurch noch weiter steigen. Die Existenz von

³⁶³ Eingehend zu den Gründen für den Lokalprotektionismus vgl. Bai/Du/Tao/Tong, *Local Protectionism and Regional Specialization: evidence from China's industries*, *Journal of International Economics* 63 (2004), S. 397 ff.

³⁶⁴ Zum Großhandelsmarkt in Yiwu *Tannert*, *Produktpiraterie China*, S. 95.

³⁶⁵ *Papageorgiou/Seyboth*, *Durchsetzung in der VR China*, in: *Produkt- und Konzeptpiraterie*, S. 319 und *Ring*, *China Geistiges Eigentum*, S. 39.

³⁶⁶ *Ring*, *China Geistiges Eigentum*, S. 20.

³⁶⁷ Eingehend zum Problem der Arbeitslosigkeit in China vgl. *Seitz*, *China*, S. 427 f. und *Tannert*, *Produktpiraterie China*, S. 82.

Fälscherbetrieben wird aus diesem Grunde toleriert beziehungsweise sogar unterstützt.

Ursächlich für den Schutz der Imitationsbranche ist zudem auch die Tatsache, dass das wirtschaftliche Niveau ganzer Gemeinden und Regionen direkt oder indirekt von ihr abhängt. Regionale Verwaltungen und Gemeinden dürfen einen Teil der Steuereinnahmen von örtlichen Unternehmen behalten.³⁶⁸ Da in der Imitationsbranche hohe Gewinne realisiert werden, die es zu versteuern gilt, trägt die Fälscherindustrie in zahlreichen Provinzen zu einem sehr großen Teil des Steueraufkommens bei.³⁶⁹ So sind die bereits angesprochenen Großhandelsmärkte oftmals einer der wichtigsten Wirtschaftsfaktoren in der jeweiligen Region. Das Verkaufsvolumen des bereits genannten Großhandelsmarkts in Yiwu lag beispielsweise im Jahr 1997 bei 2,4 Milliarden US-Dollar und stieg bis zum Jahr 2005 auf 5,8 Milliarden US-Dollar an. Mit Gewinnspannen, die mit den Margen multinationaler Unternehmen vergleichbar sind, ist das Handelszentrum der wichtigste Steuerzahler der Region. Es hat auch darüber hinaus einen großen Einfluss auf die lokale Wirtschaft, da zahlreiche weitere Unternehmen (wie Hotels, Einzelhandelsunternehmen und Gastronomiebetriebe) direkt oder indirekt von seiner Existenz profitieren. Ein verstärktes Durchgreifen gegen die Imitatoren und Händler hätte deshalb weitreichende wirtschaftliche Konsequenzen.³⁷⁰

Die Durchsetzung von Schutzrechten wird auf lokaler Ebene letztlich erschwert beziehungsweise verhindert, da sie mit lokalen Interessen kollidiert. Die wirtschaftliche Entwicklung einer Region oder einer Gemeinde soll nicht durch die Schließung von Fälscherwerkstätten oder sonstigen Maßnahmen gegen Imitatoren blockiert werden. Hinzu kommt, dass den lokalen Beamten keine Anreize gesetzt werden, um die Effektivität der Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte zu verbessern. Beamte qualifizieren sich für eine Beförderung, wenn sie die ambitionierten³⁷¹ Wachstumsvorgaben der Zentralregierung in Beijing erfüllen. Sie werden an der Steigerung des Wirtschaftswachstums in ihrem Zuständigkeitsbereich gemessen und nicht an der Effektivität der Rechtsdurchsetzung.³⁷²

³⁶⁸ Blume, *Produktpiraterie Akteure*, S. 37.

³⁶⁹ Blume, *Produktpiraterie Recht*, S. 25.

³⁷⁰ Zu diesem Abschnitt *Winkler/Wang*, *Produktpiraterie China*, S. 46 ff., *Tannert*, *Produktpiraterie China*, S. 80 f. und *Käckenhoff*, *China*, MA 1-2/2005, S. 26 f. (26).

³⁷¹ *Von Welser/González*, *Marken- und Produktpiraterie*, S. 195.

³⁷² *Tannert*, *Produktpiraterie China*, S. 95.

3. Interessenkonflikt der Regierung

Nicht nur die gerichtliche Durchsetzung von Schutzrechten, sondern auch die Durchsetzung mit Hilfe der Verwaltungsbehörden scheitert letztlich an entgegenstehenden lokalen Interessen. Die Regierung in Beijing müsste das politische, gerichtliche und administrative System durch weitreichende institutionelle Eingriffe umstrukturieren, um den lokalen Protektionismus und die Beeinflussung der richterlichen Entscheidungen zu unterbinden und damit eine effektivere Rechtsdurchsetzung zu ermöglichen.³⁷³ Da in diesem Punkt in den letzten Jahren jedoch keine Verbesserungen ersichtlich waren und die Verletzung von Schutzrechten weiter zugenommen hat, wird der Regierung in Beijing häufig vorgeworfen, es mangle ihr am Willen, die effektive Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte durchzusetzen. Illegale Wirtschaft könne nur dort prosperieren, wo auf die Hilfe des Staates gezählt werden kann. Eine politischen Führung, der es möglich ist, Milliarden von täglich versandten Kurznachrichten und Emails sowie Telefongespräche mit Hilfe staatlicher Behörden auf ihre Inhalte hin zu überprüfen, könne Schutzrechtsverletzungen nicht hilflos ausgeliefert sein.³⁷⁴ Es sei daher kaum denkbar, dass Schutzrechtsverletzungen in dieser Größenordnung ohne direkte oder indirekte Billigung der Regierung existieren können.³⁷⁵

Im Hinblick auf die Durchsetzung von Schutzrechten befindet sich die Regierung in Beijing in einem Interessenkonflikt: Einerseits sind die Herstellung und der Vertrieb schutzrechtsverletzender Produkte derzeit ein erheblicher Faktor der gesamtwirtschaftlichen Produktion, der zumindest bei mittelfristiger Betrachtung zu wirtschaftlichem Wachstum in den einzelnen Regionen beiträgt und soziale Unruhen, die durch eine erhöhte Arbeitslosigkeit in wirtschaftlich benachteiligten Gebieten ausgelöst werden könnten, vermeidet. Zudem trägt der Massenkonsum von Markenwaren, die tatsächlich billige Imitate sind, dazu bei, die Binnennachfrage aufrechtzuerhalten. Auf diese ist die Regierung jedoch in besonderem Maße angewiesen, da die Exporte deutlich zurückgehen und so die wichtigste Stütze des China-Booms wegzubrechen droht.³⁷⁶ Eine umfassendere Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte könnte folglich das chinesische

³⁷³ *Ranjard/Misonne*, IP Environment China, S. 2.

³⁷⁴ *Capital* 07/2007, Der schamlose Ideenklau in China, S. 12 f. (13).

³⁷⁵ Dazu *Naim*, Schwarzbuch Globalisiertes Verbrechen, S. 305 f.

³⁷⁶ *SZ*, China handelt weniger, 14.01.2009, S. 19 und *Der Spiegel*, Aufstand an der Werkbank, 14.06.2010 S. (72 ff. (74)).

Wirtschaftswachstum behindern und der Regierung unter Umständen sogar die politische Stabilität nehmen.

Andererseits machen neben dem anhaltenden handelspolitischen Druck der internationalen Wirtschaftsgemeinschaft die strategischen und wirtschaftspolitischen Zielsetzungen der Regierung in Beijing eine effektive Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte erforderlich. Zwar hat die Volksrepublik in einigen Branchen bereits ein sehr hohes technologisches Niveau erreicht. Die Zahl der in China entwickelten technischen Innovationen ist jedoch noch immer sehr gering.³⁷⁷ Langfristig sollen im Bereich bestimmter Kern- und Schlüsseltechnologien Kapazitäten aufgebaut werden, damit sich die Volksrepublik von Technologieimporten aus dem Ausland lösen kann. Es wird angestrebt, die Abhängigkeit von ausländischen Technologien bereits bis zum Jahr 2020 von derzeit 50% auf 30% zu senken.³⁷⁸ Das Fehlen eines wirksamen Schutzes Geistigen Eigentums beeinträchtigt das Erreichen dieses Innovationsziels, da die Verbreitung fortschrittlichen Know-hows zum Aufbau derartiger Kapazitäten nur eingeschränkt erfolgt. Ausländische Technologieimporte bleiben in vielen Fällen hinter den globalen Standards zurück, da ausländische Unternehmen häufig nur dann qualitativ hochwertige beziehungsweise technologisch fortschrittliche Produkte und entsprechendes Know-how transferieren, wenn wirksamer Technologieschutz gewährt wird. Kerntechnologien werden oftmals im eigenen Land zurückbehalten. Um den dauerhaften Zufluss von hochwertigem Know-how zu ermöglichen, müsste China deshalb eine effektivere Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte garantieren.³⁷⁹

Die Regierung in Beijing schwankt daher zwischen einer effektiven Durchsetzung von Schutzrechten zur Förderung von hochwertigen Technologieimporten sowie der Erfüllung internationaler Forderungen und einer dynamischen Entwicklung der eigenen Wirtschaft, die vor allem in den westlicheren Regionen auf die illegale Nutzung fremder Inventionen angewiesen ist. Sehr wahrscheinlich würde sie einen effektiveren Schutz Geistigen Eigentums ermöglichen, wenn die wirtschaftliche Entwicklung der Volksrepublik massiver bedroht wäre und beispielsweise ausländische Investitionen in größerem Umfang ausblieben.

³⁷⁷ Vgl. den Abschlussbericht der Hochschule Darmstadt (Fn. 329), S. 22.

³⁷⁸ Ausführlich zu Chinas Innovationszielen und -strategien vgl. die Studie der IMPULS-Stiftung des VDMA „China's strategies to become an innovation juggernaut“ aus dem Jahr 2007.

³⁷⁹ Siehe dazu auch *Ganea/Haijun*, China, in: IP in Asia, S. 52.

Bemerkenswerterweise halten jedoch die Schwierigkeiten bei der Rechtsdurchsetzung die wenigsten Investoren von einem Engagement in China ab. Der Zustrom ausländischer Direktinvestitionen ist weiterhin ungebrochen. Im Jahr 2008 erreichten die ausländischen Direktinvestitionen in China die Rekordsumme von 92,4 Milliarden US-Dollar.³⁸⁰ Dies entspricht knapp 7% des gesamten globalen Direktinvestitionskapitals.³⁸¹ Zwar wissen ausländische Unternehmer, dass Gesetze selbst unter den besten Bedingungen keine absolute Sicherheit bieten und dass auch ein Fernbleiben vom chinesischen Markt nicht vor der Verletzung Geistigen Eigentums in China schützt.³⁸² Es ist jedoch offensichtlich, dass ein effektives System zum Schutz Geistigen Eigentums nur einer von mehreren ausschlaggebenden Faktoren ist, um einen Standort für ausländische Direktinvestitionen attraktiv zu machen.³⁸³ Trotz hoher Auflagen für den Anteil an der lokalen Fertigung (local content) und Joint Venture Verpflichtungen ist der chinesische Markt mit geschätzten 700 Millionen Verbrauchern und enormen Entwicklungsmöglichkeiten für ausländische Investoren schlichtweg zu attraktiv.³⁸⁴ Das Risiko, nicht in China zu sein, ist größer als das Risiko, dabei zu sein.³⁸⁵ Die Volksrepublik muss den genannten Interessenkonflikt folglich gar nicht zu Gunsten einer effektiveren Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte auflösen und kann damit unter diesem Blickwinkel derzeit davon absehen, institutionelle Eingriffe vorzunehmen.

³⁸⁰ Vgl. die Statistik des US-China Business Council "Foreign Direct Investment in China". Abrufbar unter: http://www.uschina.org/statistics/fdi_cumulative.html (Stand: 16.08.2010).

³⁸¹ Vgl. die Pressemitteilung der United Nations Conference on Trade and Development vom 19.01.2009. Abrufbar unter: <http://www.unctad.org/Templates/webflyer.asp?docid=10930&intItemID=1528&lang=1> (Stand: 16.08.2010) Die ausländischen Direktinvestitionen betragen im Jahr 2008 1.400 Milliarden US-Dollar.

³⁸² Vgl. die Studie des DIHK und des APM zu Produkt- und Markenpiraterie, Berlin 2007. Abrufbar unter: http://www.observationsteam.de/documents/Detektive_Berlin_InformationDIHT_Prod_uktpiraterie.pdf (Stand: 16.08.2010).

³⁸³ Siehe dazu auch *Fink/Maskus*, IP and Development, S. 6.

³⁸⁴ *Klunker*, IP Forum Shanghai, GRUR Int. 2008, S. 209 ff. (211).

³⁸⁵ Ähnlich äußerte sich Heinrich von Pierer in einem Interview. Vgl. *Der Spiegel*, Im Maul des Drachen, 08.12.2003, S. 86 ff. (88).

III. Ineffektive Rechtsdurchsetzung ermöglicht Nutzung geschützter Inventionen zur Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung

Das Spannungsverhältnis zwischen dem Schutzinteresse des Schöpfers einer geistigen Leistung und dem Interesse der Allgemeinheit an der Gemeinfreiheit³⁸⁶ derselben löst China auf der Ebene der Rechtsdurchsetzung. Schutzrechte werden vor allem fernab der Wirtschaftszentren der östlichen Landesteile Chinas nicht effektiv durchgesetzt, wenn sie ökonomischen Interessen zuwiderlaufen. Maßgeblich ist primär das wirtschaftliche Entwicklungsniveau der jeweiligen Regionen und Gemeinden, die für die Rechtsdurchsetzung zuständig sind – damit aber letztendlich auch das gesamtwirtschaftliche Entwicklungsniveau des Landes. Indem Schutzrechte nicht effektiv durchgesetzt werden, ist es der Volksrepublik möglich, trotz bestehender materieller Schutzstandards fortschrittliche geistige Leistungen zur Förderung der eigenen wirtschaftlichen Entwicklung zu nutzen.

Die Effektivität der Rechtsdurchsetzung wird sich in China nicht zwangsläufig dadurch verbessern, dass chinesische Unternehmen mit steigender Innovationsfähigkeit selbst ein verstärktes Interesse an einem Schutz ihrer innovativen Produkte zeigen werden. Schon jetzt sind in der Mehrzahl der Fälle Schutzrechte chinesischer Rechtsinhaber betroffen.³⁸⁷ Erst wenn landesweit ein erhöhtes wirtschaftliches Entwicklungsniveau erreicht wird, kann auch mit einer effektiveren Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte in der gesamten Volksrepublik gerechnet werden. Es wird deshalb noch länger dauern, bis Schutzrechte in ganz China effektiv durchgesetzt werden können. Nach der Einschätzung von Tian Lipu, dem Präsidenten des chinesischen Patentamts, ist dazu noch eine Übergangszeit von 30 bis 50 Jahren erforderlich.³⁸⁸

³⁸⁶ Zur Verwendung des Begriffs der Gemeinfreiheit in dieser Arbeit vgl. Fn. 178.

³⁸⁷ *Fink/Maskus*, IP and Development, S. 297 und 312; *Ranjard/Misonne*, IP Environment China, S. 2 und 18 und *Fuchs*, Piraten Kopierer, S. 6 und 13 ff.

³⁸⁸ In dieser Weise äußerte er sich in einem Vortrag an der Technischen Universität München im September 2006. Siehe dazu auch *Ganea/Hajjun*, China, in: IP in Asia, S. 53 f.

3. Kapitel Maßnahmen zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung

An einer effektiven Durchsetzung von Schutzrechten mangelt es nicht nur in China. Fast alle gegenwärtigen Entwicklungsländer haben gemein, dass die Gesetze zum Schutz Geistigen Eigentums unzureichend umgesetzt werden.³⁸⁹ Im Rahmen der Globalisierung treten folglich sowohl Länder unterschiedlicher wirtschaftlicher Entwicklungsstufen in Austauschbeziehung miteinander als auch solche mit unterschiedlichen Anforderungen an die Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte: Bereits industrialisierte Länder wie die USA drängen auf eine effektive Durchsetzung ihrer Immaterialgüterrechte, da der Anteil innovativer Güter an ihrem Export beständig steigt. Entwicklungsländer wie China sind hingegen an einem möglichst niedrigen Schutzstandard interessiert, um einen preiswerten Zugang zu fortschrittlichen Produkten und Technologien sicherzustellen. Produzenten von Innovationen sind naturgemäß mehr um den Schutz Geistigen Eigentums bemüht, als Länder, die von Imitationen profitieren. Letztere relativieren oftmals die übernommenen völkerrechtlichen Verpflichtungen zum Schutz Geistigen Eigentums, indem sie die Durchsetzung der geistigen Eigentumsrechte an ihre sozioökonomischen oder politischen Interessen anpassen.³⁹⁰

Können geistige Eigentumsrechte jedoch nicht effektiv durchgesetzt werden, so sind die vermeintlich geschützten Inventionen faktisch gemeinfrei und die Schutzrechte im Prinzip wertlos. Mit zahlreichen Maßnahmen wird deshalb versucht, die Situation für Schutzrechtsinhaber zu verbessern.

A. Rechtliche Maßnahmen zur Verbesserung der Situation in China als Hauptherkunftsland schutzrechtsverletzender Produkte

Am effektivsten wäre es, wenn die Rechtsdurchsetzung bereits in den Herkunftsländern der schutzrechtsverletzenden Produkte (und hier möglichst am Ort der Herstellung selbst) verbessert würde. Im Idealfall könnte dadurch der Handel mit schutzrechtsverletzenden Waren auf den nationalen und internationalen Märkten unterbunden werden. Weder der Absatz von Originalprodukten im Herstellungsland noch in den Zielstaaten der Imitate würde dann beeinträchtigt. In diesem Punkt ist die internationale Wirtschaftsgemeinschaft allerdings auf die Mitwirkung der Herkunftsländer angewiesen, da die Rechtsdurchsetzung den nationalen

³⁸⁹ Klunker, IP Forum Shanghai, GRUR Int. 2008, S. 209 ff. (212).

³⁹⁰ Haas, TRIPS Welthandelsrecht, S. 131.

Verletzungsverfahren und dem jeweiligen Prozessrecht überlassen ist.³⁹¹ Für das Hauptherkunftsland schutzrechtsverletzender Produkte, die VR China, besteht jedoch wie dargestellt derzeit keine Veranlassung, die Durchsetzung von Schutzrechten wesentlich zu verbessern. Eine Schwachstelle des internationalen Schutzes Geistigen Eigentums liegt folglich in der territorialen Verankerung des immaterialgüterrechtlichen Systems.

I. Durchsetzungsvorgaben des TRIPS-Abkommens

Zwar war das Problem der Territorialität von Schutzrechten und ihrer Durchsetzung schon immer vorhanden. Durch den globalen Wettbewerb wurde es jedoch verschärft, da die nationalen Märkte und ihre Schutzrechtssysteme kaum noch isoliert betrachtet werden können. Entwicklungs- und Schwellenländer mit unterschiedlichen kulturellen und ökonomischen Hintergründen werden immer stärker in den Welthandel eingebunden. In zunehmendem Maße sind daher auch Länder involviert, für welche die tatsächliche Umsetzung der immaterialgüterrechtlichen Normen in vielen Fällen keineswegs selbstverständlich ist.³⁹²

Nachdem sich das internationale Schutzregime vor Abschluss des TRIPS-Abkommens im Wesentlichen auf materielle Schutzstandards beschränkte und die Länder in der Ausgestaltung der Rechtsdurchsetzung im Großen und Ganzen frei waren, bestand zu dieser Zeit keine Möglichkeit, gegen eine unzureichende Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte vorzugehen.³⁹³ Dem TRIPS-Abkommen liegt hingegen das Verständnis zu Grunde, dass ein unvollständiger Schutz Geistigen Eigentums die Balance zwischen den involvierten Interessen des Rechtsinhabers und der Allgemeinheit stört und damit das dem Übereinkommen immanente Ziel eines handelsfördernden³⁹⁴ Immaterialgüterrechtsschutzes nicht erreicht werden kann.³⁹⁵ Ein möglichst wirksamer und effektiver Schutz Geistigen Eigentums bedarf daher nicht nur eines entsprechend hohen materiellen Schutzstandards, sondern auch korrespondierender verfahrensrechtlicher Mittel.³⁹⁶ Das TRIPS-Abkommen ist aus diesem Grund nicht auf die Festlegung materieller Mindeststandards zum Schutz geistiger Eigentumsrechte (Teil II TRIPS) beschränkt. Es

³⁹¹ *Stoll*, Technologietransfer, S. 326 f.

³⁹² *Ganea*, TRIPS als Innovationsmotor, in: Geistiges Eigentum und Innovation, S. 110.

³⁹³ *Hilf/Oeter/Michaelis/Bender*, WTO-Recht, § 24 Rn. 75. Siehe auch *Dreier*, TRIPS Durchsetzung, GRUR Int. 1996, S. 205 ff.

³⁹⁴ Vgl. Kapitel 1 D II 2 a.

³⁹⁵ Siehe dazu *Haas*, TRIPS Welthandelsrecht, S. 129.

³⁹⁶ *Busche/Stoll/Vander*, TRIPS, Vor Artikel 41-61 Rn. 1.

verpflichtet die WTO-Mitgliedsländer darüber hinaus (als erstes Abkommen auf multilateraler Ebene) zur Vorhaltung von Verfahren und Mechanismen in den nationalen Rechtsordnungen, die dem Rechtsinhaber eine effektive Durchsetzung der Schutzrechte ermöglichen sollen (Teil III und IV TRIPS). Damit beseitigt das TRIPS-Übereinkommen ein großes Schutzdefizit der zuvor bestehenden internationalen Abkommen zum Schutz Geistigen Eigentums.³⁹⁷

Der Erfolg der Durchsetzungsvorgaben ist natürlich wiederum davon abhängig, inwieweit den Mitgliedsstaaten bei ihrer Erfüllung Freiräume zukommen und diese überprüfbar sind.³⁹⁸ Durch die Einbindung des TRIPS-Abkommens in das Streitbeilegungssystem der WTO (vgl. Art. II Nr. 2 WTO-Abkommen i. V. m. Annex 2) können die Umsetzung der TRIPS-Vorgaben kontrolliert und Streitfälle zwischen Mitgliedstaaten beigelegt werden. Für die Durchführung eines Streitbeilegungsverfahrens ist nach der Vereinbarung über die Regeln und Verfahren zur Streitbeilegung (Dispute Settlement Understanding – DSU) eine ständige Streitbeilegungsinstanz (Dispute Settlement Body – DSB) zuständig.³⁹⁹ Streitfälle verhandelt der DSB jedoch nicht selbst. Er setzt einen Untersuchungsausschuss ein und nimmt dessen Entscheidungen, die als Berichte bezeichnet werden, an.

II. WTO-Streitbeilegungsverfahren USA – China

Da die bereits seit Jahren andauernden bilateralen Verhandlungen zwischen den USA und China über die Frage der Rechtsdurchsetzung in der Volksrepublik aus Sicht der Amerikaner nicht zum Erfolg führten, war abzusehen, dass eines Tages ein Streitbeilegungsverfahren angestrengt werden würde: Nachdem der massenhafte Import von Produktimitationen aus China im Jahr 2005 zu einem offenen Handelskonflikt⁴⁰⁰ zwischen den USA und der Volksrepublik führte und das Handelsbilanzdefizit USA im Jahr 2006 auf 232 Milliarden Dollar anwuchs, setzte der US-Kongress der amerikanischen Regierung heftig zu.⁴⁰¹ Die USA ersuchten daraufhin im

³⁹⁷ Zur Problem Rechtsdurchsetzung im Rahmen der vorangegangenen Übereinkommen vgl. Busche/Stoll/Stoll, TRIPS, Einl. 1 Rn. 10 ff. und Busche/Stoll/Vander, TRIPS, Vor Artikel 41-61 Rn. 2.

³⁹⁸ Haas, TRIPS Welthandelsrecht, S. 131.

³⁹⁹ Ausführlich zum Streitbeilegungsverfahren vgl. Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht, § 9 Nr. 12 und Busche/Stoll/Stoll, TRIPS, Einl. 1, Rn. 20 ff.

⁴⁰⁰ Dazu Burkart, Produktpiraterie China, S. 54.

⁴⁰¹ Manager Magazin, USA zerren China vor WTO, 10.04.2007. Abrufbar unter: <http://www.manager-magazin.de/unternehmen/artikel/0,2828,476440,00.html> (Stand: 16.08.2010).

Frühjahr 2007 um Konsultationen auf der Grundlage des DSU und forderten im Herbst 2008 die Einsetzung eines Untersuchungsausschusses.

Ihr Ersuchen um Streitbeilegung stützen die Amerikaner auf die Behauptung der Unvereinbarkeit chinesischer Normen zur Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte mit den sich für China ergebenden völkerrechtlichen Verpflichtungen aus dem TRIPS-Abkommen. Der Untersuchungsausschuss des DSB hatte damit darüber zu entscheiden, ob die Durchsetzungsbestimmungen der Volksrepublik den Vorgaben des TRIPS-Abkommens entsprechen. In verkürzter Darstellung wird im Folgenden auf zwei Hauptkritikpunkte der USA eingegangen.⁴⁰²

1. Kritik der USA an den Durchsetzungsbestimmungen der Volksrepublik

Nach Auffassung der USA hält die VR China zum einen keine einschlägigen Strafen und Strafverfahren bereit, die bei gewerbsmäßigen Markenrechtsverletzungen oder gewerbsmäßiger vorsätzlicher Nachahmung urheberrechtlich geschützter Produkte Anwendung finden. Kritisiert wurden damit die Schwellenwerte, die überschritten werden müssen, damit ein Strafverfahren wegen gewerbsmäßiger Schutzrechtsverletzung eingeleitet werden kann. Dass Einzelpersonen nur durch die Herstellung oder den Vertrieb relativ großer Mengen schutzrechtsverletzender Ware strafrechtlich belangt werden können sei eine Art Freibrief für illegale Aktivitäten.

Zum anderen sind die Beschwerdeführer der Ansicht, dass auch die von China bereitgestellten Verfahren zur Beseitigung vom Zoll beschlagnahmter schutzrechtsverletzender Waren nicht mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen aus dem TRIPS-Abkommen übereinstimmen. Die Möglichkeiten der Zollbehörden, die Vernichtung oder Beseitigung beschlagnahmter schutzrechtsverletzender Waren anzuordnen, seien zu eng bemessen. Dadurch könnten diese Waren erneut in den Handel gelangen und den Schutzrechtsinhabern Schaden zufügen.

2. Untersuchungsausschuss stellt nur marginale Unzulänglichkeiten fest

Der Bericht des in diesem Streitbeilegungsverfahren eingesetzten Untersuchungsausschusses wurde am 26. Januar 2009 veröffentlicht und am

⁴⁰² Eingehend zu den Kritikpunkten vgl. *Neuwirth*, WTO-Bericht China, GRUR Int. 2009, S. 367 ff. (368 ff.).

20. März 2009 vom DSB angenommen.⁴⁰³ Zusammenfassend erklärte der Untersuchungsausschuss, dass die Vereinigten Staaten nicht bewiesen hätten, dass gewerbsmäßige Schutzrechtsverletzungen aufgrund der kritisierten strafrechtlichen Schwellenwerte straffrei blieben. Die von den USA vorgelegten Beweise, die hauptsächlich aus englischsprachigen Presseartikeln über Urheberrechts- und Markenverletzungen in China bestanden, wurden vom Gericht als dürftig und unschlüssig angesehen.⁴⁰⁴

Eine Unzulänglichkeit der chinesischen Zollmaßnahmen konnte zudem nur in sehr eingeschränktem Maße festgestellt werden. Die chinesischen Zollbestimmungen sehen wie bereits erwähnt vor, dass beschlagnahmte Waren in sozialen und dem öffentlichen Wohlfahrtswesen dienenden Einrichtungen verwendet, vernichtet oder nach Entfernung der rechtsverletzenden Merkmale versteigert werden können.⁴⁰⁵ Der Untersuchungsausschuss teilte in diesem Punkt die Auffassung der USA nicht, wonach die chinesischen Zollbestimmungen eine Vernichtung sichergestellter schutzrechtsverletzender Ware lediglich dann erlauben würden, wenn sich die rechtsverletzenden Zeichen nicht entfernen ließen. Den Zollbehörden stehe es jederzeit frei die Beseitigung in Form der Vernichtung zu wählen, anstatt die Ware für karitative Zwecke zu verwenden oder zu versteigern. Außerdem belegten Statistiken, dass von diesem Ermessensspielraum tatsächlich auch Gebrauch gemacht werde. Der Untersuchungsausschuss wies allerdings darauf hin, dass die bloße Entfernung der verletzenden Merkmale in manchen Fällen nicht ausreichend sei, um eine Freigabe in die Vertriebswege zu gestatten.⁴⁰⁶ Er empfahl China daher, die Zollbestimmungen insoweit mit den Verpflichtungen aus dem TRIPS-Abkommen in Übereinstimmung zu bringen.⁴⁰⁷

Die Volksrepublik China hat den DSB in einer Mitteilung vom 15. April 2009 darüber unterrichtet, dass man der Empfehlung des

⁴⁰³ Vgl. den WTO-Panel Report, China – Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights, WT/DS 362/R. Abrufbar unter: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds362_e.htm (Stand: 16.08.2010). Zur Annahme des Berichts durch den DSB vgl. http://www.wto.org/english/news_e/news09_e/dsb_20mar09_e.htm (Stand: 16.08.2010).

⁴⁰⁴ Zur Kritik an den Schwellenwerten vgl. *Ganea*, Ergebnis WTO-Panel, GRUR Int. 2009, S. 274 f. (275).

⁴⁰⁵ Siehe dazu auch WTO-Panel Report (Fn. 403) Rn. 7.193.

⁴⁰⁶ Zur Kritik an den Zollbestimmungen *Ganea*, Ergebnis WTO-Panel, GRUR Int. 2009, S. 274 f. (275).

⁴⁰⁷ Ausführlich zur Begründung des DSB vgl. *Neuwirth*, WTO-Bericht China, GRUR Int. 2009, S. 367 ff. (368 ff.).

Untersuchungsausschusses Folge leisten wolle. Zur Anpassung der Bestimmungen sei allerdings ein angemessener Zeitraum nötig, den es zu vereinbaren gelte.⁴⁰⁸ Man einigte sich auf eine einjährige Frist. Nach Angaben der Volksrepublik wurden die nationalen Bestimmungen rechtzeitig zum 20. März 2010 angepasst.⁴⁰⁹

3. Effektivität der Rechtsdurchsetzung nicht Gegenstand des Streitbeilegungsverfahrens

Die Tatsache, dass der Untersuchungsausschuss neben der Änderung der Zollbestimmungen nur vereinzelt Unzulänglichkeiten der chinesischen Durchsetzungsbestimmungen feststellte (die hier allerdings nicht näher ausgeführt wurden), deutet darauf hin, dass die chinesischen Bestimmungen zur Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte überwiegend mit dem TRIPS-Abkommen im Einklang stehen und nur geringfügig korrigiert werden müssen. Es darf allerdings bezweifelt werden, dass weitergehende Anpassungen zu einer deutlichen Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in China führen werden. Denn wie bereits erläutert wurde, scheitern die Durchsetzungsbemühungen der Schutzrechtsinhaber in der Volksrepublik weniger an den gesetzlichen Bestimmungen, denn an der ineffektiven Umsetzung derselben. Der Frage, ob China die Effektivität der Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte verbessern müsste, hatte der Untersuchungsausschuss jedoch, wie er in einer abschließenden Bemerkung hervorhebt, gerade nicht nachzugehen.⁴¹⁰

III. Erfolgsaussichten einer Überprüfung der Effektivität der Rechtsdurchsetzung

Fraglich ist, weshalb die USA ihre Kritik auf die Durchsetzungsbestimmungen beschränkten und die eigentlich problematische Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben unerwähnt ließen. Prinzipiell wäre es im Rahmen des Streitbeilegungsverfahrens möglich gewesen, die Effektivität der Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte in China überprüfen zu lassen, da das TRIPS-Abkommen einen ergebnisorientierten Ansatz verfolgt: So sind die Mitgliedsstaaten nach Art. 41 I TRIPS nicht nur dazu verpflichtet, die in Teil III des TRIPS-Abkommens geregelten Durchsetzungsverfahren in ihre

⁴⁰⁸ *Klopschinski*, ACTA, GRUR Int. 2009, S. 548 f. (549).

⁴⁰⁹ Siehe dazu den Überblick über den gegenwärtigen Verfahrensstand. Abrufbar unter: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds362_e.htm (Stand: 16.08.2010).

⁴¹⁰ Vgl. WTO-Panel Report (Fn. 403) Rn. 8.5.

nationalen Rechtsordnungen zu implementieren, sondern sie müssen auch ein wirksames Vorgehen gegen die Verletzung geistiger Eigentumsrechte und damit eine wirksame Umsetzung der implementierten Bestimmungen sicherstellen (Wirksamkeitsmaxime). Zwar scheint es in Anbetracht der Anzahl der Schutzrechtsverletzungen und der geschilderten Probleme bei der Rechtsdurchsetzung in China eindeutig zu sein, dass das Vorgehen der Volksrepublik gegen die Verletzung Geistigen Eigentums nicht wirksam im Sinne des TRIPS-Abkommens ist. Entscheidend ist jedoch, inwieweit Mitgliedsstaaten dazu verpflichtet werden können für die wirksame Umsetzung ihrer Durchsetzungsbestimmungen in der Praxis zu sorgen und in welchem Umfang dies vom DSB überprüft werden kann.⁴¹¹

1. Verpflichtung zu wirksamer Rechtsdurchsetzung nur vage formuliert

Den im TRIPS-Abkommen vorgeschriebenen Verfahren zur Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte und den Verfahrensgrundsätzen (Teil III und IV TRIPS) lassen sich hierzu allerdings keine klaren Vorgaben entnehmen, da die Bestimmungen nicht sehr präzise formuliert sind. So sollen die nationalen Durchsetzungsverfahren beispielsweise gemäß Art. 41 II TRIPS „fair und gerecht“ sowie „nicht unnötig kompliziert oder kostspielig“ sein und dürfen „keine ungerechtfertigten Verzögerungen mit sich bringen“.⁴¹²

Zurückzuführen sind diese vagen Formulierungen auf die Heterogenität der WTO-Mitgliedsländer: In den Verhandlungsrunden zum TRIPS-Abkommen diskutierten Vertreter der Entwicklungs- und der Industrieländer über die inhaltliche Ausgestaltung der Durchsetzungsbestimmungen. Da den Normen weltweite Geltung zukommen sollte, mussten sie zum einen den Bedürfnissen der Industrienationen nach einem hinreichend wirksamen Schutz genügen. Zum anderen sollte es den Entwicklungsländern aber möglich sein, die zu vereinbarenden Vorgaben zu erfüllen.⁴¹³ Konsensfähig waren schließlich Durchsetzungsbestimmungen, die zwar grundsätzlich einheitliche Mindeststandards einforderten, aber bewusst mit ausfüllungsbedürftigen, unbestimmten Rechtsbegriffen versehen und damit unscharf formuliert wurden, um den Mitgliedsländern ausreichend Spielraum

⁴¹¹ Busche/Stoll/Vander, TRIPS, Art. 41 Rn. 3. Kritisch dazu Dreier, TRIPS Durchsetzung, GRUR Int. 1996, S. 205 ff. (210).

⁴¹² Die Bestimmungen des Teil III bis IV (Art. 41-62 TRIPS) des TRIPS-Abkommens sind von unbestimmten Rechtsbegriffen und Ermessensvorschriften durchzogen. Eine Auflistung findet sich bei Busche/Stoll/Vander, TRIPS, Vor Artikel 41-61, Rn. 5.

⁴¹³ Dazu Dreier, TRIPS Durchsetzung, GRUR Int. 1996, S. 205 ff. (208).

zur Berücksichtigung der Entwicklung des Rechtswesens sowie der unterschiedlichen infrastrukturellen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen zu gewähren.⁴¹⁴ Auch die Präambel des TRIPS-Abkommens weist hinsichtlich der Bereitstellung wirksamer und effektiver Mittel zur Rechtsdurchsetzung auf die „Unterschiede in den Rechtssystemen der einzelnen Länder“ hin.

Im Rahmen des TRIPS-Abkommens werden die kollidierenden Interessen der WTO-Mitgliedsstaaten damit durch eine größtmögliche Flexibilität bei der Umsetzung der Durchsetzungsbestimmungen berücksichtigt. Zwar eröffnet sich den einzelnen Ländern dadurch ein erheblicher Freiraum, die sich daraus ergebenden Unterschiede bei der Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte werden jedoch in Kauf genommen.⁴¹⁵ Es ist deshalb durchaus legitim, wenn Mitgliedsländer diesen Spielraum ausnutzen und die Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte innerhalb der durch das TRIPS-Abkommen gezogenen Grenzen zum eigenen Vorteil ausgestalten.⁴¹⁶

Für die Effektivität der Durchsetzungsverfahren lässt sich damit kein einheitlicher Standard festlegen.⁴¹⁷ Unter Berücksichtigung der infrastrukturellen Gegebenheiten, der divergierenden Rechtssysteme sowie der wirtschaftlichen Möglichkeiten, werden die WTO-Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, in ihrem Land die größtmögliche Wirksamkeit der Rechtsdurchsetzung umzusetzen.

2. Umsetzungsspielraum verhindert faktisch die Überprüfung der Effektivität der Rechtsdurchsetzung in China

Der Umsetzungsspielraum verursacht bei der Überprüfung der Wirksamkeit der Durchsetzung von Schutzrechten im Rahmen eines Streitbeilegungsverfahrens jedoch erhebliche Schwierigkeiten: Gegenstand der Untersuchung kann zunächst ausschließlich die Frage nach der Effektivität der Umsetzung und damit der im Ergebnis gewährte Schutz sein, mit dem die nationale Rechtsordnung die Durchsetzung von Schutzrechten gewährleistet. Wie und mit welchen Mitteln dieses Ziel erreicht wird ist hingegen unerheblich, da die nationalen Rechtssysteme vom DSB nicht

⁴¹⁴ Haas, TRIPS Welthandelsrecht, S. 153.

⁴¹⁵ Haas, TRIPS Welthandelsrecht, S. 149 und 160.

⁴¹⁶ Heath, Bedeutet TRIPS Schlechterstellung, GRUR Int. 1996, S. 1169 ff. (1185).

⁴¹⁷ Siehe dazu Busche/Stoll/Vander, TRIPS, Art. 41 Rn. 3.

überprüft werden können.⁴¹⁸ Auch Maßnahmen, deren Umsetzung in das Ermessen der Mitgliedsstaaten gestellt wird oder die ausdrücklich nicht verpflichtend sind, bleiben unberücksichtigt.⁴¹⁹

Überprüft werden kann mithin nur die Wirksamkeit verpflichtender Durchsetzungsbestimmungen. Dass die lediglich formale und damit vollkommen wirkungslose Umsetzung dieser Vorschriften kein TRIPS-konformes Verhalten darstellt, liegt auf der Hand. In der Volksrepublik werden die Durchsetzungsbestimmungen hingegen zwar umgesetzt, jedoch beklagen die Schutzrechtsinhaber deren mangelnde Effektivität. Im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens müssten die USA als beschwerdeführende Partei deshalb nachweisen, dass China die Wirksamkeit der Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte verbessern könnte.

Führten die USA einzelne Beispielfälle an, welche die bereits erwähnten Probleme bei der Rechtsdurchsetzung näher schilderten, so könnte China diese zweifellos mit ähnlichen Gegenbeispielen entkräften.⁴²⁰ Damit stünden etwa Entscheidungen eines Gerichts aus einem weniger entwickelten westlichen Landesteil der Volksrepublik, Entscheidungen eines auf Geistiges Eigentum spezialisierten Senats in Beijing gegenüber. Fällen unfairer, unnötig komplizierter oder kostspieliger Verfahren, die ungerechtfertigt verzögert wurden, könnten faire, einfache, kostengünstige und schnelle Verfahrensverläufe entgegeng gehalten werden. Für beide Positionen finden sich in China ausreichend Nachweise. Zudem ließen sich auch in den USA Einzelfälle mangelnder Bemühungen zur effektiven Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte finden, die von der Volksrepublik entgegnet werden könnten.⁴²¹

Der Nachweis der mangelnden Effektivität gelänge möglicherweise aber mit Hilfe von Studien, welche die Durchsetzung von Schutzrechten in der Volksrepublik qualitativ oder quantitativ analysieren. Die Schwierigkeiten bei

⁴¹⁸ Allerdings nur soweit der rechtmäßige Handel dadurch nicht beeinträchtigt wird. Haas, TRIPS Welthandelsrecht, S. 155.

⁴¹⁹ Busche/Stoll/Vander, TRIPS, Art. 41 Rn. 3.

⁴²⁰ Vgl. *Ganea*, China enforcement, in: *Liber Amicorum Straus*, S. 389.

⁴²¹ Dazu *Yu*, Pirates, S. 134. Auch in anderen Ländern können mangelnde Bemühungen zur effektiven Rechtsdurchsetzung festgestellt werden. V.a. die Effektivität des einstweiligen Rechtsschutzes unterliegt im Vergleich europäischer Länder starken Schwankungen. *Harte-Bavendamm/Harte-Bavendamm*, Handbuch Markenpiraterie, § 2 Rn. 15. Zur Frage inwieweit das deutsche Recht effektive Mittel zur Bekämpfung von „Nachahmungen und Produktpiraterie“ vorhält und damit den im TRIPS-Abkommen aufgestellten Anforderungen entspricht vgl. *Patnaik*, Effektive Bekämpfung Produktpiraterie, GRUR 2004, S. 191 ff.

der Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte in China werden in der Literatur jedoch fast ausschließlich in unzähligen Einzelfällen geschildert. Aussagekräftiges und verwertbares Zahlenmaterial steht derzeit nicht zur Verfügung. Es müsste daher zunächst in aufwendigen und kostenintensiven Erhebungen über mehrere Jahre zusammengestellt werden.⁴²²

Fraglich ist allerdings, ob entsprechende Daten zur Quantifizierung der Wirksamkeit überhaupt ermittelt werden können. Als hinderlich erweist sich dabei die Tatsache, dass die Ineffektivität der Rechtsdurchsetzung in China oftmals auf Verhaltensweisen von Behördenmitarbeitern oder Richtern zurückzuführen ist, sich Verhalten jedoch nur schwer in messbare Größen umsetzen lässt. Zu ermitteln wäre beispielsweise, wie hoch der Prozentsatz der Verwaltungs- und Gerichtsentscheidungen ist, auf die durch lokalen Protektionismus oder politische Einflussnahme eingewirkt wurde, die deshalb zu niedrigeren Schadensersatzzahlungen oder Strafen führten und so die effektive Rechtsdurchsetzung verhindert haben. Allerdings ist nicht ersichtlich, auf welche Weise und anhand welcher Kriterien eine Abgrenzung zu unabhängigen Entscheidungen nachprüfbar und schlüssig erfolgen könnte.⁴²³ Zudem spiegelten die Ergebnisse die Vergangenheit wider und ließen es offen, ob sich die Rechtsdurchsetzung in China möglicherweise bereits verbessert haben könnte und insofern keine Veränderungen mehr vorzunehmen wären.

Denkbar ist allenfalls, dass sich Untersuchungen durchführen ließen, die sich auf die Qualitätsunterschiede in der chinesischen Rechtspflege konzentrieren. Selbst wenn Erhebungen existierten, die eine Ineffektivität der Rechtsdurchsetzung nachwiesen, müssten sie im Lichte der Entwicklung des Rechtswesens der Volksrepublik betrachtet werden. Sehr wahrscheinlich führte dies zu dem Ergebnis, dass das Niveau der größtmöglichen Wirksamkeit der Rechtsdurchsetzung bereits erreicht und die Umsetzung der Durchsetzungsbestimmungen damit TRIPS-konform ist. Denn wie die Erläuterungen in Kapitel 2 C II 2 a (bb) gezeigt haben, sind die landesweiten Qualitätsunterschiede in der Rechtspflege darauf zurückzuführen, dass China in der Rechtsentwicklung noch deutlich zurückliegt und die regionalen Disparitäten des Landes, trotz zahlreicher Bemühungen der Regierung,

⁴²² Eingehend dazu *Yu*, *Pirates*, S. 127 ff. und *Ganea*, *China enforcement*, in: *Liber Amicorum Straus*, S. 390.

⁴²³ So auch *Dreier*, *TRIPS Durchsetzung*, *GRUR Int.* 1996, S. 205 ff. (218).

derzeit keine flächendeckende Verbesserung der Rechtsdurchsetzung ermöglichen.

Der Nachweis der unwirksamen Umsetzung der Durchsetzungsbestimmungen durch die VR China lässt sich deshalb faktisch kaum führen. Die Flexibilität der Durchsetzungsvorgaben des TRIPS-Abkommens verhindert letztlich die Feststellung, dass die Wirksamkeit der Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte in China nicht das höchstmögliche Niveau erreicht hat. Eine Beschwerde, die sich auf die mangelnde Wirksamkeit von Durchsetzungsmaßnahmen stützt, hätte daher wohl kaum Aussicht Erfolg.⁴²⁴ Dies lässt vermuten, weshalb die Amerikaner ihre Beschwerde auf die Kritik an den gesetzlichen Rahmenbedingungen beschränkten.⁴²⁵

Ungeachtet aller völkerrechtlichen Zusagen stößt die Verpflichtung zur wirksamen Durchsetzung von Schutzrechten damit rasch an faktische Grenzen. Aussicht auf Erfolg hätte ein Verfahren, das sich auf die Wirksamkeit der Durchsetzungsbestimmungen konzentriert, damit nur unter spezifizierten rechtlichen Rahmenbedingungen.

B. Rechtliche Maßnahmen in den Zielstaaten schutzrechtsverletzender Produkte

Durch ein Streitbeilegungsverfahren lässt sich die Durchsetzungsproblematik in der Volksrepublik folglich nicht beheben, auch wenn sich der von amerikanischer Seite ausgeübte handelspolitische Druck dadurch natürlich deutlich erhöht. Dies führt dazu, dass schutzrechtsverletzende Produkte weiterhin auf dem chinesischen Markt gehandelt, aus China exportiert und auf den internationalen Märkten angeboten werden. Um zu verhindern, dass schutzrechtsverletzende Waren den Absatz von Originalprodukten zumindest in den Zielstaaten der Imitate nicht stärker beeinträchtigen, muss eine effektive Rechtsdurchsetzung in diesen Ländern sicher gestellt sein.

Zahlreiche Zielstaaten schutzrechtsverletzender Ware haben deshalb Maßnahmen im Bereich der Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte ergriffen. Angesichts des begrenzten Umfangs dieser Arbeit kann allerdings

⁴²⁴ Auch *Dreier* fragt skeptisch nach den Erfolgsaussichten einer Überprüfung durch den DSB. Vgl. *Dreier*, TRIPS Durchsetzung, GRUR Int. 1996, S. 205 ff. (218).

⁴²⁵ Dazu auch *Ganea*, China enforcement, in: *Liber Amicorum Straus*, S. 390.

nicht näher auf sämtliche Länder eingegangen werden.⁴²⁶ Betrachtet werden hier lediglich die Maßnahmen der EU und Deutschlands.

I. Maßnahmen in der Europäischen Union

Das Geistige Eigentum gehört zu den am stärksten bearbeiteten Rechtsgebieten der europäischen Binnenmarktpolitik, so dass heute ein stattlicher „grüner“ *aquis communautaire* verzeichnet werden kann.⁴²⁷ Der durch die Harmonisierung der nationalen Schutzrechte und die Schaffung im Gemeinschaftsgebiet geltender Immaterialgüterrechte – wie etwa der Gemeinschaftsmarke – europaweit entstandene materielle Schutzstandard wird allgemein als ausreichend angesehen.⁴²⁸ Man erkannte jedoch auch hier, dass ein umfassender Schutz des Geistigen Eigentums nicht allein durch die Harmonisierung materiellen Rechts erzielt werden kann, sondern ebenso die Anpassung der Verfahrensregeln und Mechanismen zur Rechtsdurchsetzung erforderlich ist.

1. Probleme bei der Harmonisierung der Durchsetzungsbestimmungen

Die für den Bereich der Europäischen Union gültigen Rechtsakte sahen allerdings lange nur vereinzelt Regelungen in diesem Bereich vor. Der europäische Gesetzgeber (bestehend aus Rat, Parlament und Kommission) hielt sich stark zurück, da die Rechtsfolgen bei Schutzrechtsverletzungen tief im nationalen Recht verwurzelt sind und aus diesem Grund mit Eingriffen in nationale Grundprinzipien zu rechnen ist. Die Harmonisierungsbestrebungen werden zudem durch die bestehenden tief greifenden Unterschiede in den Rechtssystemen (*common law system* – *case law system*) erschwert. Eines der größten Probleme besteht weiterhin darin, dass die Kompetenzverteilung für den Schutz Geistigen Eigentums auf Gemeinschaftsebene auf unterschiedliche Generaldirektionen der Kommission verteilt ist. Namentlich sind dies die Generaldirektionen Handel, Binnenmarkt, Landwirtschaft, Steuern und Zollunion, Justiz und Inneres sowie Entwicklung und Unternehmen. Zwar hat die Generaldirektion Binnenmarkt eine neue Dienststelle geschaffen, die sich ausschließlich mit Fragen der Durchsetzung

⁴²⁶ Zu den internationalen Bemühungen vgl. S. 143 f. der OECD Studie (Fn. 6).

⁴²⁷ *Amschewitz*, Durchsetzungsrichtlinie, S. 31.

⁴²⁸ Vgl. Punkt 8.1.1 des Berichts über die Stellungnahmen zum Grünbuch der Kommission über Nachahmungen und Produkt- und Dienstleistungspiraterie. Abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/docs/piracy/piracy_en.pdf (Stand: 16.08.2010).

geistiger Eigentumsrechte beschäftigt. Eine genaue Kompetenzabgrenzung zu anderen Generaldirektionen erfolgte bislang allerdings noch nicht.⁴²⁹

Trotz der genannten Schwierigkeiten wurden die folgenden Rechtsakte erlassen:

2. Produktpiraterieverordnung (PPVO)

Am effektivsten wäre es, wenn der europäische Binnenmarkt vor schutzrechtsverletzender Ware abgeschottet werden könnte, damit die Ware gar nicht erst auf den Binnenmarkt gelangt. Aus diesem Grund kommt dem Zoll im Kampf gegen Schutzrechtsverletzungen eine entscheidende Rolle zu. Der europäische Gesetzgeber erließ deshalb bereits in den 80er Jahren die sogenannte Produktpiraterieverordnung (PPVO).⁴³⁰ Sie ermöglicht die Grenzbeschlagnahme von Waren an den Außengrenzen der EU. Die Beschlagnahme von Waren an den europäischen Binnengrenzen ist hingegen nationalen Grenzbeschlagnahmeverfahren vorbehalten.

Der Anwendungsbereich der Produktpiraterieverordnung wurde im Laufe der Jahre durch nachfolgende Verordnungen erweitert.⁴³¹ In ihrer jetzt gültigen Fassung⁴³² aus dem Jahr 2003 erfüllt die Verordnung auch die Vorgaben über das Grenzbeschlagnahmeverfahren aus dem TRIPS Abkommen (Art. 51 ff. TRIPS).

Das Grenzbeschlagnahmeverfahren gestaltet sich wie folgt: Auf Antrag des Rechtsinhabers (Art. 5 I PPVO) können Waren durch die Zollbehörden an den Außengrenzen zurückgehalten werden, wenn der Verdacht einer Schutzrechtsverletzung besteht (Art. 9 I PPVO). Gemäß Art. 4 PPVO können die Zollbehörden allerdings auch selbst tätig werden, wenn sich ein hinreichend begründeter Verdacht ergibt, dass schutzrechtsverletzende Waren ein- oder ausgeführt werden sollen. Die Zollstellen informieren sodann den Rechtsinhaber über die Zurückhaltung der Waren. Dieser muss

⁴²⁹ *Klopschinski/Prinz zu Waldeck und Pymont*, Geistiges Eigentum Globalisierte Welt, GRUR Int. 2008, S. 393 ff. (399 und 403).

⁴³⁰ Verordnung über Maßnahmen zum Verbot der Überführung nachgeahmter Waren in den zollrechtlich freien Verkehr VO (EWG) 3842/86, Abl. L 357 vom 18.12.1986, S. 1.

⁴³¹ Vgl. die Nachfolgeverordnungen VO (EG) 3295/94, Abl. L 341 vom 30.12.1994, S. 8 und deren Änderung durch die VO (EG) 241/99, Abl. L 27 vom 02.02.1999, S. 1. Die Entwicklung wird dargestellt bei *Harte-Bavendamm/Knaak*, Handbuch Markenpiraterie, § 4 Rn. 1 ff. und *Schuhmacher*, Marken(artikel)piraterie, S. 7 ff.

⁴³² VO (EG) Nr. 1383/2003 über das Vorgehen der Zollbehörden gegen Waren, die im Verdacht stehen bestimmte Rechte geistigen Eigentums zu verletzen, und Maßnahmen gegenüber Waren, die erkanntermaßen derartige Rechte verletzen. Abl. L Nr. 196 vom 02.08.2003, S.7.

der Zollstelle innerhalb von zehn Arbeitstagen mitteilen, dass ein Sachentscheidungsverfahren eingeleitet wurde.

Die Sachentscheidung, also die Frage, ob tatsächlich ein Schutzrecht verletzt wurde, richtet sich nach den Rechtsvorschriften des jeweiligen Mitgliedsstaats (Art. 10 PPVO). Neben dem gerichtlichen Feststellungsverfahren sieht die Produktpiraterieverordnung seit dem Jahr 2003 auch die Möglichkeit des sogenannten einfachen Verfahrens (Art. 11 PPVO) vor.⁴³³ Von den Zollbehörden beschlagnahmte Waren können dennoch ohne Sachentscheidungsverfahren vernichtet werden, wenn der Rechtsinhaber mitteilt, dass die Waren sein Schutzrecht verletzen und der Besitzer beziehungsweise Eigentümer der Ware sich mit der Vernichtung einverstanden erklärt oder einer solchen nicht innerhalb von zehn Arbeitstagen widerspricht. Im Falle eines Widerspruchs wird das Verfahren vor den nationalen Gerichten fortgeführt (Art. 11 II, 13, 10 PPVO). Das Beschlagnahmeverfahren wird durch Freigabe der Waren beendet, wenn der Rechtsinhaber nicht rechtzeitig die Einleitung des Sachentscheidungsverfahrens bekannt gibt.⁴³⁴

3. Durchsetzungsrichtlinie

Da zollrechtliche Maßnahmen durch die EU-Osterweiterung und die Verschiebung der EU-Außengrenzen in einigen (alten) Mitgliedstaaten, wie zum Beispiel in Deutschland, stark an Bedeutung verloren haben, mussten neben der Produktpiraterieverordnung und den Nachfolgeverordnungen weitere gemeinschaftsrechtliche Regelungen getroffen werden, um den Handel mit schutzrechtsverletzenden Produkten im Gemeinschaftsgebiet einzudämmen. Auch durch die Durchsetzungsrichtlinie⁴³⁵ soll geistigen Eigentumsrechten deshalb zu einer besseren Durchsetzung verholfen werden.

Der Durchsetzungsrichtlinie ging ein langjähriges Konsultationsverfahren⁴³⁶ voraus, dessen Anfang das Grünbuch⁴³⁷ über die Bekämpfung von

⁴³³ An einer Umsetzung des Art. 11 PPVO in deutsches Recht fehlt es bislang. Weiterführend dazu *Cordes*, Grenzbeschlagnahme Patentsachen, GRUR 2007, S. 483 ff. (486).

⁴³⁴ Zum Grenzbeschlagnahmeverfahren nach der Produktpiraterieverordnung vgl. *Cordes*, Grenzbeschlagnahme Patentsachen, GRUR 2007, S. 483 ff. und *Harte-Bavendamm/Knaak*, Handbuch Markenpiraterie, § 4 Rn. 11 ff.

⁴³⁵ 2004/48/EG – Abl. L 157 vom 30.4.2004, S. 45 ff. Berichtigte Fassung der Richtlinie in Abl. L Nr. 195 vom 02.06.2004, S. 16 ff.

⁴³⁶ Ausführlich dazu *Mayer/Linnenborn*, Bekämpfung Produktpiraterie, K&R 2003, S. 313 ff. (313) m. w. N.

Nachahmungen und Produkt- und Dienstleistungspiraterie im Binnenmarkt aus dem Jahr 1998 markiert. Zwischen dem eigentlichen Kommissionsvorschlag im Jahr 2003 und dem Erlass der Richtlinie im Jahr 2004 lag am Ende jedoch lediglich ein Zeitraum von 15 Monaten. Ursächlich dafür waren das Auslaufen der Legislaturperiode des Europäischen Parlaments sowie die EU-Osterweiterung am 1. Mai 2004, die den Beitritt neuer Mitgliedstaaten mit divergierenden Interessen mit sich brachte.⁴³⁸ Die Kommission und die Mehrzahl der Mitgliedstaaten befürchteten, dass es danach schwierig werden würde, die erforderliche Mehrheit im Rat zu erhalten.

Ungeachtet des TRIPS-Übereinkommens bestanden in den Mitgliedsstaaten noch große Unterschiede im Bereich der Rechtsdurchsetzung. Ziel der Richtlinie ist daher die Harmonisierung der nationalen zivilrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Durchsetzungsinstrumente zum Schutz des Geistigen Eigentums. Die nationalen Rechtsvorschriften sollten einander angenähert werden, um ein hohes, gleichwertiges und homogenes Schutzniveau für Geistiges Eigentum im Binnenmarkt zu gewährleisten.⁴³⁹ Zu diesem Zweck verpflichtet die Durchsetzungsrichtlinie die Mitgliedsstaaten erstmals dazu, verfahrensrechtliche Instrumente und Rechtsfolgen im Bereich des Zivil- und Verwaltungsrechts einheitlich zu regeln. In Ergänzung zur Durchsetzungsrichtlinie unterbreitete die Kommission bereits zweimal einen Richtlinienvorschlag über strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des Geistigen Eigentums. Bislang wurde dieser jedoch nicht verabschiedet.⁴⁴⁰

Die Durchsetzungsrichtlinie verfolgt einen horizontalen Ansatz und umfasst sachlich alle Immaterialgüterrechte.⁴⁴¹ Sie nimmt weitgehend Teil III des TRIPS-Abkommens (Art. 41 ff. TRIPS) auf und übernimmt den dort vorgegebenen Mindeststandard für die Durchsetzung von Schutzrechten.⁴⁴² Teilweise wird dieser sogar übertroffen.⁴⁴³ Die Durchsetzungsrichtlinie gilt für sämtliche Waren, die innerhalb der EU im Verkehr sind und hat deshalb auf das Grenzbeschlagnahmeverfahren an den Außengrenzen der EU durch die

⁴³⁷ Vgl. (Fn. 55).

⁴³⁸ *Amschewitz*, Durchsetzungsrichtlinie, S. 403.

⁴³⁹ 2004/48/EG – Abl. L Nr. 195 vom 02.06.2004, S. 17 und 16.

⁴⁴⁰ *Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 91.

⁴⁴¹ *Mayer/Linnenborn*, Bekämpfung Produktpiraterie, K&R 2003, S. 313 ff. (313).

⁴⁴² *Ahrens*, Allgemeiner Teil Geistigen Eigentums, GRUR 2006, S. 617 ff. (619).

⁴⁴³ *Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 91.

PPVO keinen Einfluss. Im Einzelnen sieht sie Beweisvorlagepflichten des Verletzers (Art. 6), ein Beweissicherungsverfahren (Art. 7), Auskunftsrechte (Art. 8), bestimmte einstweilige Maßnahmen und Sicherungsmaßnahmen (Art. 9), Abhilfemaßnahmen (Art. 10), Unterlassungsanordnungen (Art. 11) sowie Ersatzmaßnahmen (Art. 12) sowie Regeln zum Schadensersatz (Art. 13), zu den Prozesskosten (Art. 14) und zur Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen (Art. 15) vor. Auch sollen die Mitgliedsstaaten darauf hin wirken, dass Unternehmens- oder Berufsverbände Verhaltenskodizes ausarbeiten, die zum Schutz Geistigen Eigentums beitragen. Angesprochen ist hier die Anbringung von Codes auf optischen Speicherplatten, die den Ort ihrer Herstellung erkennen lassen (Art. 17). Außerdem sollen die Mitgliedsstaaten Korrespondenzstellen einrichten, um einen grenzüberschreitenden Informationsaustausch zu ermöglichen und die Zusammenarbeit zu fördern (Art. 19).⁴⁴⁴

II. Maßnahmen in Deutschland

Trotz der Bemühungen auf europäischer Ebene wurden bereits seit den 80er Jahren auch auf dem deutschen Markt zunehmend schutzrechtsverletzende Produkte gehandelt. Ausmaß, Qualität und Quantität der nach Deutschland importierten und dort weiter vertriebenen schutzrechtsverletzenden Produktnachahmungen ließen deshalb den Ruf nach einem Tätigwerden des deutschen Gesetzgebers immer lauter werden. Aus Sicht der Rechtsinhaber bewährte sich das geltende Recht bei der Abwehr der stetig wachsenden Produktnachahmungen nicht mehr.⁴⁴⁵ Das ursprünglich nur auf vereinzelt auftretende Schutzrechtsverletzungen ausgelegte Sanktionssystem habe mit den Entwicklungen im Bereich der Schutzrechtsverletzungen nicht Schritt gehalten und sei nicht dazu geeignet, gegen eine sich ausbreitende Form der Wirtschaftskriminalität vorzugehen.⁴⁴⁶ Kritisiert wurde insbesondere, dass die rechtlichen Sanktionen den Unrechtsgehalt der Handlungen nur mehr höchst unvollkommen widerspiegeln.⁴⁴⁷ Hauptleidtragender und damit federführend in diesem Kontext war der Mittelstand.

⁴⁴⁴ Ausführlich zu den einzelnen Artikeln der Durchsetzungsrichtlinie vgl. *Amschewitz*, Durchsetzungsrichtlinie, S. 97 ff. *Ellard* stellt die Hintergründe der Richtlinie und die einzelnen Regelungen in einem Kurzüberblick dar. *Ellard*, Enforcement Directive, CRi 2004, S. 65 ff.

⁴⁴⁵ *Meister*, Produktpiraterie, MA 1987, S. 420 ff. (420).

⁴⁴⁶ *Harte-Bavendamm/Harte-Bavendamm*, Handbuch Markenpiraterie, § 1 Rn. 2 und *Knaak*, Markenpiraterie, GRUR Int. 1988, S. 1 ff. (4).

⁴⁴⁷ Eingehend zur Unwirksamkeit des geltenden Rechts in den Fällen der Markenpiraterie vgl. *Knaak/Tilmann*, Markenwaren Nachahmung, GRUR Int. 1986,

Die Bundesregierung startete daraufhin eine Initiative, welche die Position der Schutzrechtsinhaber stärken und Schutzrechtsverletzungen besser bekämpfen sollte. Bestehende Gesetze wurden novelliert sowie der Entwurf eines „Gesetzes zur Bekämpfung der Produktpiraterie“ auf den Weg gebracht.⁴⁴⁸ Bemerkenswerterweise wurde im Rahmen der Entwurfsdiskussionen darüber debattiert, ob auch die technischen Schutzrechte in das Gesetz einbezogen werden sollten. Insbesondere Industrieverbände sahen dazu keine Notwendigkeit, da zum damaligen Zeitpunkt noch fast ausschließlich markenrechtsverletzende Ware im Umlauf war.⁴⁴⁹ Letztlich wurden jedoch auch Patente und Gebrauchsmuster mit einbezogen, da sämtliche Immaterialgüterrechte gleich behandelt werden sollten, um Wertungswidersprüche zu verhindern. Zudem ging man davon aus, dass ein praktisches Bedürfnis für wirkungsvollere Maßnahmen im Bereich der technischen Schutzrechte jederzeit entstehen konnte.⁴⁵⁰ Nach einer Erweiterung⁴⁵¹ der Initiative der Bundesregierung, die sich mit Verbesserungen des Schutzes sämtlicher Immaterialgüterrechte beschäftigte, trat das „Gesetz zur Stärkung des Schutzes des Geistigen Eigentums und zur Bekämpfung der Produktpiraterie“ (PrPG) am 1. Juli 1990 in Kraft. Der deutsche Gesetzgeber begegnete damit dem Vorwurf, die Wirtschaft mit dem Problem grassierenden Schutzrechtsverletzungen allein zu lassen.⁴⁵²

1. Produktpirateriegesetz (PrPG)

Durch das PrPG korrigierte man das bestehende Instrumentarium zum Schutz Geistigen Eigentums. Es wurde für den Rechtsanwender übersichtlich als Artikelgesetz ausgestaltet und soll die Position der

S. 336 ff. (337). Zur Situation der internationalen Markenpiraterie vor Inkrafttreten des Produktpirateriegesetzes vgl. *Winter*, Internationale Markenpiraterie, GRUR 1981, S. 782 ff. (783 f.).

⁴⁴⁸ BT-Drucks. 11/4792, S. 1. Die gesetzgeberischen Maßnahmen aus den Jahren 1985-1988 erörtert *Jahn*, Moderne Piraten, WRP 1988, S. 413 ff. (414-416).

⁴⁴⁹ *Mühlens*, Produktpiraterie Waffe, CR 1990, S. 433 ff. (434) und BT-Drucks. 11/4792, S. 18. Auch die internationalen Bestrebungen zur Bekämpfung der „Produktpiraterie“ konzentrierten sich zum damaligen Zeitpunkt auf die Bekämpfung der Markenpiraterie (so z. B. die „Produktpiraterieverordnung“ VO (EWG) 3842/86). Zu den weiteren Diskussionspunkten vgl. *Tilmann*, Produktpiraterie, BB 1990, S. 1565 ff.

⁴⁵⁰ BT-Drucks. 11/4792, S. 18 f.

⁴⁵¹ Die Hintergründe der Erweiterung werden in BT-Drucks. 11/5744 erläutert.

⁴⁵² *Gaul*, Durchsetzung Produktpiraten, S. 38. Siehe auch *Winter*, Internationale Markenpiraterie, GRUR 1981, S. 782 ff. (783 f.).

Schutzrechtsinhaber insgesamt⁴⁵³ stärken. Die im Wesentlichen gleichlautenden Änderungen⁴⁵⁴ der geistigen Eigentumsrechte konzentrieren sich auf vier Schwachstellen des bis zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des PrPG bestehenden immaterialgüterrechtlichen Systems:

Die strafrechtlichen Sanktionen waren ursprünglich auf Verletzungen geistigen Eigentums mit geringerer krimineller Energie zugeschnitten. Eine Strafandrohung von sechs Monaten bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe sah man jedoch für die neue Form der Wirtschaftskriminalität weder als schuldangemessen noch als generalpräventiv wirkend an. Die Strafandrohung bei Schutzrechtsverletzungen wurde deshalb auf bis zu drei Jahre angehoben. Zudem führte man einen Qualifikationstatbestand der gewerbsmäßigen Schutzrechtsverletzung mit einer Strafandrohung von fünf Jahren ein, der als Officialdelikt ausgestaltet wurde.⁴⁵⁵

Auch war es dem Schutzrechtsinhaber nicht möglich, Auskunft über die Quellen und Vertriebswege der Ware zu erhalten, um gezielter gegen die Schutzrechtsverletzer vorgehen zu können. Zu diesem Zweck wurde ein allgemeiner Anspruch auf Auskunft über die Herkunft und den Vertriebsweg der schutzrechtsverletzenden Ware eingeführt. Der Anspruch umfasst die Auskunft über Namen und Anschrift des Herstellers, des Lieferanten und des Abnehmers sowie über die Menge der Ware. Bei offensichtlicher Rechtsverletzung kann er auch im Wege der einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden.

Zudem war es häufig schwierig, schutzrechtsverletzende Ware einzuziehen oder gar vernichten zu lassen. Aus diesem Grund wurde ein zivilrechtlicher Anspruch des Verletzten gegen den Verletzer auf Vernichtung der Produktionsmittel sowie der schutzrechtsverletzenden Ware und auf

⁴⁵³ BT-Drucks. 11/4792, S. 17.

⁴⁵⁴ Die vom PrPG betroffenen Sonderrechte und Hinweise zur Entwicklung des Gesetzes werden dargestellt bei *Ensthaler*, Produktpirateriegesetz, GRUR 1992, S. 273 ff. und *Cremer*, Bekämpfung Produktpiraterie, Mitt. 1992, S. 153 ff. Zur Konzeption des Gesetzes und den Regelungen im Einzelnen s. a. *Ensthaler*, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 214 ff., *Meister*, Produktpiraterie Kampf, MA 1988, S. 447 ff. und *Asendorf*, Produktpirateriegesetz, NJW 1990, S. 1283 ff. Zur Ausdehnung des Produktpirateriegesetzes auf die ungeprüften Schutzrechte äußern sich *Hartisch/Nacken*, Produktpiraterie Ungeprüfte Schutzrechte, WRP 1989, S. 1 ff.

⁴⁵⁵ Aus Sicht der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V. ist auch diese Strafandrohung noch zu niedrig. Um eine abschreckende Wirkung zu erzielen sei für besonders schwere Fälle ein Strafraum von drei Monaten bis zu zehn Jahren (ähnlich wie beim besonders schweren Fall des Diebstahls gem. § 243 StGB) erforderlich. *Quack/Vieregge*, Produktpirateriegesetz, GRUR 1989, S. 29 ff. (31).

Einziehung eingeführt. Dies sollte bewirken, dass dem Imitator der wirtschaftliche Erfolg seiner Nachahmungen entzogen werden kann.

Darüber hinaus war vor Inkrafttreten des PrPG die Beschlagnahme schutzrechtsverletzender Ware an den Grenzen nur nach dem Warenzeichengesetz (heute: Markengesetz) möglich.⁴⁵⁶ Durch das PrPG wurde das Grenzbeschlagnahmeverfahren für alle Schutzrechte eingeführt. Damit sollte, wie auch durch die Produktpiraterieverordnung, verhindert werden, dass schutzrechtsverletzende Ware nach Deutschland importiert wird, da sie dann kaum mehr auffindbar ist. Zudem sollte auf diese Weise das wirtschaftliche Risiko für den Handel mit schutzrechtsverletzender Ware erhöht werden. Im Gegensatz zum Grenzbeschlagnahmeverfahren nach der Produktpiraterieverordnung können die Zollbehörden eine Beschlagnahme allerdings nicht bei „Verdacht“ der Schutzrechtsverletzung anordnen, sondern erst, wenn die Schutzrechtsverletzung „offensichtlich“ ist.⁴⁵⁷

Das PrPG hat die Stellung des Schutzrechtinhabers und die Möglichkeiten zur Verfolgung und Ahndung von Schutzrechtsverletzungen deutlich verbessert. Das Schutzrechtssystem sollte damit den neuen Herausforderungen angepasst werden. Die Auswirkungen des Gesetzes wurden von allen Beteiligten in den ersten Jahren durchweg als positiv bezeichnet.⁴⁵⁸ Schwierigkeiten bereitete allerdings von Anfang an die Strafverfolgungsbereitschaft der mit den Verletzungen Geistigen Eigentums konfrontierten Ermittlungsbehörden.⁴⁵⁹ Mitursächlich für das anfängliche Strafverfolgungsdefizit war sicherlich, dass die Betroffenen selbst erst seit den 80er Jahren strafrechtlich gegen Schutzrechtsverletzungen vorgehen.⁴⁶⁰ Gleichwohl überwiegt bei den Ermittlungsbehörden offenbar noch immer die Meinung, dass es sich bei Schutzrechtsverletzungen letztlich um

⁴⁵⁶ Ausführlich zu den Möglichkeiten der Bekämpfung der Produktpiraterie durch die Zollbehörden vgl. *Schöner*, Produktpiraterie Zollbehörden, Mitt. 1992, S. 180 ff.

⁴⁵⁷ Vgl. §§ 142a I 1 PatG, 25a I 1 GebrMG, 55 GeschmMG, 111b I UrhG und 146 I MarkenG.

⁴⁵⁸ Die Bundesregierung hat die Auswirkungen der durch das PrPG eingeführten Maßnahmen in regelmäßigen Abständen durch Befragungen der beteiligten Wirtschaftskreise ermittelt. Vgl. *Kretschmer*, Produktpiraterie Gesetz, GRUR 1998, S. 545 f. (545); ders. Produktpiraterie, GRUR 1993, S. 455 f. Die Abhandlung von *Kröger/Bausch* über die Produktpiraterie im Patentwesen beinhaltet die Rechtslage nach Inkrafttreten des PrPG und erläutert die Möglichkeiten und Grenzen ihrer Verfolgung. *Kröger/Bausch*, Produktpiraterie Patentwesen, GRUR 1997, S. 321 ff.

⁴⁵⁹ Als problematisch erweist sich auch die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen. Abhilfe bietet hier die sog. Zurückgewinnungshilfe. Vgl. dazu *Hees*, Zurückgewinnungshilfe, GRUR 2002, S. 1037 ff. und *Hansen/Wolff-Rojczyk*, Schadenswiedergutmachung, GRUR 2007, S. 468 ff.

⁴⁶⁰ *Harte-Bavendamm/Holler/Hoffmeister*, Handbuch Markenpiraterie, § 5 Rn. 139.

„Kavaliersdelikte“⁴⁶¹ handelt, die von den geschädigten Rechtsinhabern auf dem Zivilrechtsweg verfolgt werden sollen. Spezial- oder generalpräventive Gesichtspunkte werden nicht berücksichtigt. Zudem sind Polizei und Staatsanwaltschaft scheinbar nicht ausreichend über die Rechtslage informiert.⁴⁶² Gerade auch die verschärften Straftatbestände werden nur sehr wenig genutzt.⁴⁶³ Die Strafverfolgung der mit Schutzrechtsverletzungen verbundenen Delikte verläuft auch heute noch vergleichsweise schleppend⁴⁶⁴ und wird deshalb von Rechtsinhabern immer wieder beklagt.⁴⁶⁵

2. Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie

Neben dem Produktpirateriegesetz sollte auch durch die Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie (vgl. Kapitel 3 B I 3) die nationale Durchsetzung von Schutzrechten verbessern. Da die Umsetzungsfrist gemäß Art. 20 der Richtlinie lediglich zwei Jahre betrug, hätte der deutsche Gesetzgeber eigentlich bis zum 29. April 2006 handeln müssen. Er überschritt die Umsetzungsfrist jedoch mehr als zwei Jahre, da zahlreiche Punkte bis zuletzt kontrovers diskutiert wurden und man sich nicht einigen konnte. Erst am 1. September 2008 trat das Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des Geistigen Eigentums in Kraft.⁴⁶⁶

Der deutsche Gesetzgeber wurde wie auch die anderen nationalen Gesetzgeber bei der Umsetzung vor keine leichte Aufgabe gestellt. Grund dafür ist vor allem die Unbestimmtheit der Richtlinie, die vielfach zu Schwierigkeiten bei ihrer Auslegung führte.⁴⁶⁷ Die Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie erfolgte im deutschen Recht durch inhaltsgleiche Ergänzung der durch das Produktpirateriegesetz eingeführten Regelungen in den einzelnen Schutzgesetzen. Die meisten Vorgaben der Durchsetzungsrichtlinie waren im deutschen Recht jedoch bereits vorhanden.

⁴⁶¹ Angesprochen sind hier insbesondere auch Patentrechtsverletzungen. *Kröger/Bausch*, Produktpiraterie Patentwesen, GRUR 1997, S. 321 ff. (328).

⁴⁶² *Maske*, Markenpiraterie, S. 300 f. und *Harte-Bavendamm/Holler/Hoffmeister*, Handbuch Markenpiraterie, § 5 Rn. 140.

⁴⁶³ *Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 215 und *Dreier*, TRIPS Durchsetzung, GRUR Int. 1996, S. 205 ff. (216).

⁴⁶⁴ Zu den Schwierigkeiten, diesem Problem abzuwehren vgl. *Wildemann et al.*, Plagiatschutz, S. 147 ff.

⁴⁶⁵ *Harte-Bavendamm/Holler/Hoffmeister*, Handbuch Markenpiraterie, § 5 Rn. 5 und 12. Bei *Braun* finden sich mehrere Statistiken die die bisherige Bedeutungslosigkeit des Strafrechts untermauern. Vgl. *Braun*, Produktpiraterie, S. 36. S. a. die Anmerkung von *Kretschmer*, Stellungnahme Grünbuch, GRUR 1999, S. 318 f. (318).

⁴⁶⁶ BGBl. 2008 I, S. 1191 ff.

⁴⁶⁷ Vgl. *Amschewitz*, Durchsetzungsrichtlinie, S. 398 ff.

So wurde zum Beispiel die dreifache Schadensberechnung eingeführt, die in der deutschen Rechtsprechung seit langem anerkannt ist.

Die Durchsetzungsrichtlinie schreibt allerdings darüber hinaus die Implementierung neuer Durchsetzungsmechanismen sowie kodifizierter Rechtsdurchsetzungsinstrumente aus anderen Mitgliedsstaaten der EU vor, die dem deutschen Recht bislang unbekannt waren.⁴⁶⁸ Eine aus deutscher Perspektive wesentliche Änderung und wohl eine der wichtigsten Vorschriften des Umsetzungsgesetzes stellt der Auskunftsanspruch gegen Dritte dar. Er soll es dem Schutzrechtsinhaber ermöglichen, über einen Dritten an die notwendigen Daten des Rechtsverletzers zu gelangen, indem er ihm unter bestimmten Voraussetzungen einen Auskunftsanspruch gegen Personen gewährt, die selbst zwar keine Schutzrechte verletzen, jedoch beispielsweise die für die rechtsverletzenden Tätigkeiten genutzte Dienstleistung in gewerblichem Ausmaß erbringen.⁴⁶⁹ Bislang richtete sich der Auskunftsanspruch im deutschen Recht nur gegen den Rechtsverletzer (Täter oder Teilnehmer) selbst. Auskunftspflichtig sind bei offensichtlicher Rechtsverletzung nun also auch Transportunternehmen oder Internetprovider, die den Zugang zu einer Internetausbörse vermitteln sowie Internetauktionshäuser, auf deren Plattform vor allem markenrechtsverletzende Waren angeboten werden.⁴⁷⁰

III. Dimension des weltweiten Warenumschlags verhindert effektive Rechtsdurchsetzung in den Zielstaaten

Die in den Zielstaaten vorgenommenen Anpassungen des immaterialgüterrechtlichen Rechtsdurchsetzungsinstrumentariums sollen eine schnelle und wirkungsvolle Bekämpfung der sich immer weiter ausbreitenden Schutzrechtsverletzungen ermöglichen. Rechtliche Maßnahmen können gegen Rechtsverletzer jedoch nur ergriffen werden, wenn die schutzrechtsverletzende Ware überhaupt entdeckt wird. Durch die Grenzbeschlagnahmeverfahren soll deshalb verhindert werden, dass die Produkte in den freien Warenverkehr der EU beziehungsweise innerhalb Deutschlands gelangen, da die unterschiedlichsten Vertriebsstrukturen im

⁴⁶⁸ Eingehend zur Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie vgl. *Amschewitz*, Durchsetzungsrichtlinie, S. 343 ff.

⁴⁶⁹ Zur Kritik am Nachweis der Gewerblichkeit *Schwarz/Brauneck*, Umsetzung Enforcement Richtlinie, ZUM 2006, S. 701 ff., *Spindler*, Zulässigkeit von Auskunftsansprüchen, GRUR 2008, S. 574 ff.

⁴⁷⁰ Zum Auskunftsanspruch vgl. *Seichter*, Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie, WRP 2006, S. 391 ff. (396 ff.).

Land selbst das Aufgreifen der Ware nach dem Import wesentlich erschweren.

Die Anzahl der Grenzbeschlagnahmen hat in den vergangenen Jahren stetig zugenommen. Allein beim deutschen Zoll stieg die Zahl der in den Jahren 1996 bis 2008 sichergestellten Waren um über 1.000%.⁴⁷¹ Nach der Jahresstatistik⁴⁷² der Bundeszollverwaltung wurden in den Jahren 2007 und 2008 an den deutschen Grenzen durchschnittlich Waren im Wert von ca. 430 Millionen Euro beschlagnahmt. Auffallend ist der im Vergleich dazu hohe Gesamtwert der beschlagnahmten Waren im Jahr 2006 von 1.175 Millionen Euro. In diesem Jahr gelang dem deutschen Zoll im Hamburger Hafen der bislang weltweit größte Aufgriff schutzrechtsverletzender Ware. In 117 Containern wurden nachgeahmte Produkte im Wert von 383 Millionen Euro gefunden.⁴⁷³ Dies entspricht also annähernd dem Gesamtwert der sonst in einem Jahr beschlagnahmten Güter.

So spektakulär dieser Fund auch sein mag, es handelt sich dennoch nur um die Spitze des Eisbergs: Allein im Hamburger Hafen wurden im Jahr 2007 9,9 Millionen Standardcontainer (TEU) umgeschlagen.⁴⁷⁴ Schon diese Zahl macht deutlich, dass der Zoll die Ware nur in äußerst begrenztem Maße in Stichproben überprüfen kann und eine große Warenmenge die Grenzen ohne physische Kontrolle passiert. Schätzungen zufolge können in Deutschland weniger als 5% aller Importe untersucht werden – im EU-Mittel beträgt die Quote sogar nur 1% bis 2%.⁴⁷⁵

In Zukunft müssen die Zollbehörden jedoch mit einem noch größeren Warenumfang rechnen. Bis zum Jahr 2015 sollen in Hamburg 18 Millionen Container abgefertigt werden.⁴⁷⁶ Zudem soll der Containerverkehr zwischen Asien und Europa hauptsächlich über die europäischen Nordseehäfen geschleust werden. Da alleine der Containerumschlag aller chinesischen Häfen im Jahr 2010 auf 170 Millionen Container anwachsen wird, müssen neben Hamburg auch die anderen Nordseehäfen wesentlich mehr Waren

⁴⁷¹ Der Zoll – Produktpiraterie im Visier, Berlin 2008, S. 9.

⁴⁷² Die Bundeszollverwaltung – Jahreszollstatistik 2008 S. 15 (vgl. Fn. 100).

⁴⁷³ SZ Online, Hamburger Zoll entdeckt mehr als eine Million Plagiate, 14.11.2006. Abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/panorama/artikel/562/91471/> (Stand: 16.08.2010).

⁴⁷⁴ Hafen Hamburg Marketing e.V., Containerumschlag 1991-2007.

⁴⁷⁵ SZ, Die Verbraucher riskieren Leib und Leben, 06./07.06.2007, S. 25.

⁴⁷⁶ Die Zeit, Drogen, Kippen, Tempo-Tücher, 05.10.2006, S. 28.

abfertigen.⁴⁷⁷ Die Suche nach schutzrechtsverletzender Ware durch den Zoll gleicht in Zukunft also noch mehr der Suche nach einer Nadel im Heuhaufen.

Auch die Arbeit mit Risikoprofilen und einer Röntgenanlage, die täglich bis zu 200⁴⁷⁸ Container durchleuchten kann, schafft nur sehr beschränkt Abhilfe. Zudem können Zollbeamte in der Regel nicht sämtliche Schutzrechtsverletzungen erkennen: Markenrechtsverletzungen sind noch relativ leicht feststellbar, weshalb es sich in 92% der Beschlagnahmefälle an den EU-Außengrenzen auch um markenrechtsverletzende Produkte handelt.⁴⁷⁹ Selbst vom Originalhersteller speziell geschulte Zollbeamte haben aber nur wenig Chancen, wenn der Imitator die Qualitätsanmutung des Originalproduktes samt Marke gut genug nachahmt.⁴⁸⁰ Ob eine beim Zoll ankommende Maschine oder Teile derselben ein Patent verletzen kann von Zollbeamten hingegen fast nicht ermittelt werden. Deshalb wurden lediglich in knapp 5% der Beschlagnahmefälle Patentrechtsverletzungen festgestellt.⁴⁸¹ Die Arbeit des Zolls wird zusätzlich dadurch erschwert, dass die Produktnachahmungen zunehmend in kleineren Mengen verschickt werden und dann in den meisten Fällen kaum mehr auffindbar sind.

In den westlichen Zielstaaten der schutzrechtsverletzenden Produkte aus China scheitert die effektive Rechtsdurchsetzung mithin letztlich an der Dimension des globalen Handels, die verhindert, dass schutzrechtsverletzende Ware überhaupt entdeckt wird.

C. Ergänzende Maßnahmen schaffen nur teilweise Abhilfe

Wie in den vorangegangenen Abschnitten gezeigt wurde, scheitern die rechtlichen Bemühungen der Länder zur Verbesserung der Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte sowohl in den Herkunftsländern schutzrechtsverletzender Produkte als auch in den Zielstaaten überwiegend an faktischen Grenzen. Ein rein juristischer Ansatz hat damit aus Sicht der Schutzrechtsinhaber meist keine Aussicht auf Erfolg. Zudem ist zu berücksichtigen, dass rechtliche Maßnahmen erst greifen, wenn bereits schutzrechtsverletzende Produkte im Umlauf sind. Die Schutzrechtsinhaber versuchen deshalb verstärkt mit Hilfe ergänzender Maßnahmen der

⁴⁷⁷ SZ, Wer die Rohrdommel stört, 29.07.2008, S. 22.

⁴⁷⁸ Die Zeit, Drogen, Kippen, Tempo-Tücher, 05.10.2006, S. 28.

⁴⁷⁹ Vgl. den „Report on Community Customs Activities on Counterfeit and Piracy“ der Europäischen Kommission aus dem Jahr 2007, S. 15 (vgl. Fn. 97).

⁴⁸⁰ *Ann/Grüneis*, Herausforderung Produktpiraterie, IM 24/2008, S. 59 ff. (60).

⁴⁸¹ Vgl. Fn. 479 a.a.O.

Verletzung ihrer geistigen Eigentumsrechte durch Produktnachahmungen vorzubeugen, um auf diese Weise zumindest faktisch bestehenden geistigen Eigentumsrechten zur Durchsetzung zu verhelfen und Produkte vor Nachahmung zu schützen.⁴⁸² Ohne Anspruch auf Vollständigkeit sollen hier einige der ergriffenen Maßnahmen angesprochen werden.

I. Technische Maßnahmen

Auf die Schwierigkeiten bei der Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte reagieren Schutzrechtsinhaber vor allem in den letzten Jahren vermehrt mit dem Einsatz technischer Maßnahmen. In der Vergangenheit wurden derartige Schutzvorkehrungen eher vernachlässigt, da Schutztechnologien nur in begrenztem Umfang zur Verfügung standen. Inzwischen hat sich dies jedoch geändert. Die Bandbreite der technischen Schutzmöglichkeiten ist heute sehr groß und ermöglicht Herstellern, Produkte aus nahezu sämtlichen Bereichen zu schützen. Sie reicht von relativ einfachen und kostengünstigen Drucktechniken über konstruktive, optische und elektronische Lösungen bis hin zu biotechnologischen und chemischen Verfahren.⁴⁸³

Zwar ist auch durch Sicherheitstechnologien kein vollständiger Produktschutz zu erreichen, mit Hilfe technischer Schutzlösungen kann jedoch die Nachahmung von Originalprodukten zumindest erschwert werden. Welche Sicherheitstechnologie am geeignetsten ist, richtet sich nach dem zu schützenden Produkt. Im besten Fall sollte der spätere Schutz bereits bei der Produktkonzeption berücksichtigt werden. Technische Produkte sind beispielsweise nach Möglichkeit so zu konstruieren, dass Reengineering durch eine Blackbox-Bauweise verhindert wird. Diese Art des Kopierschutzes ist naturgemäß lediglich bei Maschinen oder technisch aufwendigen Bauteilen möglich. Zudem verursacht sie durch ihre hohe Komplexität meist erhebliche Kosten und ist deshalb nur bei hochwertigen beziehungsweise hochpreisigen Produkten ökonomisch sinnvoll. Bei Konsumgütern, wie Textilien, Sportartikeln oder Nahrungsmitteln, wird man eher auf die Möglichkeit der Kennzeichnung mit Hilfe von Sicherheitstechniken zum Fälschungsschutz zurückgreifen. In Betracht kommen zum Beispiel Seriennummern, Barcodes, Hologramme, digitale Wasserzeichen, DNA-

⁴⁸² Ein Überblick der ergänzenden Maßnahmen findet sich im Abschlussbericht der Hochschule Darmstadt (Fn. 329), S. 65.

⁴⁸³ Eingehend zu den Technologien Harte-Bavendamm/Lowe/Harte-Bavendamm, Handbuch Markenpiraterie, § 3 Rn. 23 ff., von Welser/Gonzalez, Marken- und Produktpiraterie, S. 321 ff., Wildemann et al., Plagiatschutz, S. 32 ff., Fuchs, Piraten Kopierer, S. 261 ff. und Käckenhoff, Markenpiraterie, MA 1-2/2005, S. 10 ff. (13).

Identifikation, Nanotechnologie, intelligente (RFID)-Chips beziehungsweise Labels oder spezielle Tinten. Auch werden mittlerweile fälschungssichere Verpackungen (sogenannte „intelligente Verpackungen“) hergestellt, die Produkte vor Nachahmung schützen sollen.⁴⁸⁴

Durch den Einsatz technischer Maßnahmen zum Schutz vor Nachahmungen steigt in der Regel der Verkaufspreis des zu schützenden Produkts, da Hersteller die Präventivkosten auf die Konsumenten abwälzen. Sie müssen in dieser Beziehung jedoch umsichtig agieren, damit Kunden trotz der Preissteigerung weiterhin das Originalprodukt kaufen. Vor allem in der Industrie wird daher versucht, die Sicherheitstechnik derart zu gestalten, dass ein zusätzlicher Nutzen für den Kunden entsteht. Vor der Verwendung einer Sicherheitstechnologie muss somit eine fundierte produktspezifische Kosten-Nutzen-Analyse durchgeführt werden, bei der auch die Auswirkungen auf die Vermarktung des Produkts zu berücksichtigen sind.

Technische Schutzlösungen sind kurzfristig sicherlich das einzig wirksame Mittel um schutzrechtsverletzenden Imitationen vorzubeugen, da sie die Kopierhürde für Nachahmer (mitunter deutlich) erhöhen. Allerdings gelingt es den Imitatoren oftmals schon nach kurzer Zeit selbst die modernsten Sicherheitstechnologien nachzuahmen oder zu umgehen. Daher müssen Originalhersteller permanent neue technische Schutzvorkehrungen implementieren, um ihren Wettbewerbsvorsprung zu erhalten. Auch der Wettlauf um Innovationen im Bereich der Sicherheitstechnologien endet im Zeitalter von Internet und Computertechnik jedoch früher oder später in einer Sackgasse.⁴⁸⁵

Gelingt es nicht, den Innovationsvorsprung durch Sicherheitstechnologien aufrechtzuerhalten, könnte der Ruf nach einem geeigneten Rechtsschutz laut werden, der die Umgehung der technischen Vorkehrungen sanktioniert.⁴⁸⁶ Schutzrechtsinhaber könnten argumentieren, dass es ihnen ohne entsprechende Rahmenbedingungen nicht möglich ist, ihr Geistiges Eigentum zu schützen. Nationale und europäische Initiativen haben in den letzten Jahren dazu geführt, dass das Urheberrecht bereits einen solchen „Umgehungsschutz“ als flankierenden Rechtsschutz vorsieht: So verbieten

⁴⁸⁴ Möglichkeiten der fälschungssicheren Verpackung vgl. *Malik/Schindler*, Fälschungssichere Verpackungen.

⁴⁸⁵ Zu diesem Problem im Allgemeinen FAZ, Mit Kopierschutz gegen Produktpiraterie, 20.11.2006, S. 22.

⁴⁸⁶ Vgl. dazu bereits das Grünbuch der Kommission (Fn. 55), S. 18.

die §§ 95a ff. UrhG technische Maßnahmen zu umgehen, soweit dies erfolgt, um Zugang zu einem urheberrechtlich geschützten Werk zu erhalten oder dessen Nutzung zu ermöglichen.⁴⁸⁷ Sie schützen also nicht das Werk selbst, sondern die zu seinem Schutz eingesetzten technischen Maßnahmen.⁴⁸⁸

Selbst im Falle der Implementierung eines derartigen „Umgehungsschutzes“ würden Bemühungen zur Rechtsdurchsetzung bei Verstoß gegen ein solches Umgehungsverbot wohl mit großer Wahrscheinlichkeit an den gleichen faktischen Grenzen scheitern wie die Bemühungen zur Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte. Denn kann bereits die Verletzung von Schutzrechten durch die Herstellung und den Vertrieb schutzrechtsverletzender Produkte nicht verfolgt werden, so ist dies auch nicht möglich, wenn die Produkte durch ein weiteres rechtliches Schutzinstrument geschützt werden.

II. Betriebswirtschaftliche Maßnahmen

Ein rein technischer Ansatz führt also ebenso wenig zu langfristigen Erfolgen. Deshalb versuchen Schutzrechtsinhaber auch auf betriebswirtschaftlicher Ebene der Nachahmung ihrer geschützten Produkte vorzubeugen.⁴⁸⁹ Da zur Imitation von Produkten oftmals ein spezifisches Wissen oder besondere Fertigkeiten nötig sind, welche dem Produkt selbst nicht entnommen werden können, ist für Schutzrechtsinhaber und Unternehmer entscheidend, dass das relevante Know-how (wie Dokumente, Datenbestände, Rezepturen, Pläne, Skizzen, Werkzeuge, Maschinenspezifikationen und Prototypen) nicht in die Hände der Nachahmer gelangt. In vielen Fällen sind Produktnachahmungen allerdings möglich, weil die Wertschöpfungskette der Unternehmen Lücken aufweist und sich die Imitatoren so das notwendige Know-how beschaffen können. Mit Hilfe betriebswirtschaftlicher Schutzmaßnahmen wird deshalb versucht, den Know-how Abfluss zu verhindern.⁴⁹⁰

⁴⁸⁷ Zum Schutz auf europäischer und internationaler Ebene Schrickler/*Götting*, Urheberrecht, Vor § 95a ff. Rn. 4 ff.

⁴⁸⁸ Zum Zweck der Regelung vgl. Schrickler/*Götting*, Urheberrecht, Vor § 95a ff. Rn. 11. Die Regelung ist scharfer Kritik ausgesetzt. Dazu Schrickler/*Götting*, a. a. O. Rn. 16.

⁴⁸⁹ Eingehend zu den betriebswirtschaftlichen Maßnahmen im Allgemeinen vgl. *Fuchs*, Piraten Kopierer, S. 217 ff. und *Wildemann et al.*, Plagiatschutz, S. 111 ff.

⁴⁹⁰ Zum Know-how Schutz im Rahmen der betriebswirtschaftlichen Maßnahmen vgl. *Wildemann et al.*, Plagiatschutz, S. 116 ff. Zu betriebswirtschaftlichen Schutzmaßnahmen siehe auch *Fuchs*, Piraten Kopierer, S. 217 ff.

Verantwortlich für den Know-how Abfluss sind in den meisten Fällen interne Mitarbeiter, wobei die Informationen nicht immer absichtlich weitergegeben werden. Die betrieblichen Maßnahmen setzen daher bereits bei der Auswahl qualifizierten und loyalen Personals an. Angestellte müssen zudem im sorgfältigen Umgang mit betrieblichen Informationen geschult werden. Auch ist die Zahl der Mitarbeiter in sensiblen Bereichen, wie zum Beispiel in der Forschung aber auch in der EDV, nach Möglichkeit überschaubar zu halten. Zudem sollte das need-to-know Prinzip gelten. Vor allem leitendes Personal und Mitarbeiter, die direkten Zugang zu relevantem Know-how haben, sind zur Geheimhaltung vertraglich zu verpflichten. Die oftmals sehr hohe Mitarbeiterfluktuation erhöht das Risiko des Know-how Verlusts. Es muss daher versucht werden, Mitarbeiter möglichst lange an das Unternehmen zu binden.

Der Know-how-Verlust wird häufig dadurch begünstigt, dass Mitarbeiter oder Betriebsfremde unerkannt sensible Bereiche des Unternehmens betreten können. Durch betrieblichen Sicherheitsschutz muss deshalb auf die Sicherheit des Werksgeländes, der Gebäude, Büroräume, Labore und Lagerräume geachtet werden. Auch Zutrittskontrollen dürfen nicht vernachlässigt werden. Da Unternehmen wichtige Daten in der Regel in elektronischer Form ablegen, müssen vor allem auch die Informations- und Kommunikationssysteme gegen unbefugte Zugriffe abgesichert werden.

Die Angriffspunkte der Imitatoren finden sich in sämtlichen Gliedern der Wertschöpfungskette, vor allem aber in den Bereichen Forschung und Entwicklung sowie Beschaffung: Know-how Abflüsse aus dem F&E-Bereich liefern Imitatoren hochsensibles Know-how über die gegenwärtigen Innovationen oder zukünftiger Produkte. Schwachstellen in diesem Bereich sind für Originalhersteller besonders gravierend, weil ihr Wettbewerbsvorteil in den meisten Fällen auf Innovationen beruht und die Unternehmen Gefahr laufen, nicht nur ihre Wettbewerbsposition zu verlieren, sondern auch ihre F&E-Kosten nicht mehr amortisieren zu können.

Daher muss besonders darauf geachtet werden, dass wertvolles Wissen nicht an Imitatoren abfließt. Entwicklungsprozesse werden deshalb oftmals in einzelne Module aufgeteilt, die von unterschiedlichen Teams entwickelt werden. Dies verhindert, dass das gesamte Know-how einem Mitarbeiter oder einem Team zur Verfügung steht und von diesen weitergegeben werden kann. Im Bereich der Beschaffung verhält sich die Situation ähnlich.

Im Rahmen von Lieferbeziehungen kann wertvolles Know-how insbesondere dann sehr leicht verloren gehen, wenn es sich um Systemlieferanten handelt. Systemlieferanten sind daher nach Möglichkeit in ein Know-how-Schutzkonzept einzubinden. Zudem ist darauf zu achten, dass beispielsweise bei der Vergabe von Entwicklungsaufträgen immer Teilaufgaben an verschiedene Zulieferer vergeben werden, damit kein Unternehmen das Gesamtergebnis kennt und imitieren kann.

Die genannten Maßnahmen, die an der einen oder anderen Stelle der Wertschöpfungskette ansetzen und den Know-how-Abfluss verhindern sollen, bleiben jedoch – selbst wenn sie im Einzelnen den Know-how-Verlust erfolgreich verhindern sollten – im Ergebnis wirkungslos, wenn in vor- oder nachgelagerten Gliedern der Wertschöpfungskette weiterhin Angriffspunkte für Imitatoren bestehen.⁴⁹¹ In diesen Fällen können die betriebswirtschaftlichen Maßnahmen schutzrechtsverletzenden Produktnachahmungen nicht vorbeugen. Vereinzelt betriebswirtschaftliche Maßnahmen haben daher in der Regel keine Aussicht auf Erfolg.

III. Sonstige Maßnahmen

Da isolierte Maßnahmen wie dargestellt nur teilweise zur faktischen Durchsetzung der Schutzrechte verhelfen, werden heute übergreifende, ganzheitliche und langfristig angelegte Schutzstrategien empfohlen, die technische, betriebswirtschaftliche sowie rechtliche Maßnahmen strategisch kombinieren und sich über die gesamte Wertschöpfungskette erstrecken.⁴⁹² Derartige Schutzkonzepte wurden in der Industrie bislang allerdings nicht systematisch eingeführt. Die meisten Unternehmen wenden noch immer einzelne Schutzlösungen auf einer Stufe der Wertschöpfungskette an.⁴⁹³

⁴⁹¹ Wildemann, Strategien gegen Produktpiraterie, *Intelligenter Produzieren* 2007/6, S. 5 ff. (6).

⁴⁹² Die Schutzkonzepte konzentrieren sich nicht nur auf die Vorbeugung von Schutzrechtsverletzungen, sondern bspw. auch auf deren rechtliche Verfolgung. Daher kombinieren sie auch rechtliche Maßnahmen. Ausführlich zu integrativen Schutzstrategien vgl. Wildemann et al., *Plagiatschutz*, S. 169 ff.; Wildemann, *Methoden gegen Produktpiraterie*, *IM* 24/2008, S. 28 ff.; Fuchs, *Piraten Kopierer*, S. 117 ff. und von Welser/González, *Marken- und Produktpiraterie*, S. 373 ff. Ein guter Überblick über Schutzmaßnahmen lässt sich auch der von der Bundesregierung und Vertretern der deutschen Wirtschaft für den G8-Gipfel in Heiligendamm zusammengestellten Broschüre mit Strategien gegen Produktpiraterie entnehmen. Vgl. „Produkt- und Markenpiraterie – Präventionsstrategien der deutschen Wirtschaft“, BDI Drucksache Nr. 393.

⁴⁹³ Wildemann, *Strategien gegen Produktpiraterie*, *Intelligenter Produzieren* 2007/6, S. 5 ff. (6).

Auch ein ganzheitliches Schutzkonzept kann schutzrechtsverletzende Produktnachahmungen aber nicht hundertprozentig verhindern, solange ein Markt für diese besteht. Würde schutzrechtsverletzende Ware jedoch nicht mehr nachgefragt, so verlören die Imitatoren ihre Absatzmärkte. Die Verbraucher und Endkunden nehmen daher im Kampf gegen die Verletzung von Schutzrechten eine Schlüsselfunktion ein. Zwar sind sie in vielen Fällen gutgläubig und wissen nicht, dass sie kein Originalprodukt kaufen, dennoch werden in einer nicht geringen Anzahl von Fällen gezielt Imitate nachgefragt. Naturgemäß schwanken die Anteile dieser beiden Gruppen je nach Art der Produkte: Beim Kauf von Konsumgütern bekannter Luxusmarken ist die Zahl der Erwerber, die aus Prestige Gründen absichtlich nach Imitaten greifen, sehr hoch, in den seltensten Fällen wird jedoch bewusst nach gefälschten Arzneimitteln Ausschau gehalten werden.⁴⁹⁴

Im Wege der Öffentlichkeitsarbeit wird daher versucht die Nachfrage nach schutzrechtsverletzenden Produktnachahmungen einzudämmen.⁴⁹⁵ Unternehmen, Organisationen, Verbände⁴⁹⁶ und Regierungen informieren verstärkt vor allem über die Gefahren für Leib und Leben, aber auch über die betriebs- und volkswirtschaftlichen Folgen der schutzrechtsverletzenden Imitate.⁴⁹⁷ Als besonders hinderlich erweist sich allerdings das gering ausgeprägte Unrechtsbewusstsein der Käufer in Bezug auf die Verletzung von Immaterialgüterrechten. Da die Verletzung materiellen und immateriellen Eigentums oftmals nicht gleichgestellt wird, sehen viele den Erwerb schutzrechtsverletzender Produktnachahmungen als „Kavaliersdelikt“ an.⁴⁹⁸

Um der Verletzung von Schutzrechten weiter entgegen wirken zu können, muss also das Bewusstsein der Öffentlichkeit dahingehend geschärft werden, dass Geistiges Eigentum als Eigentum anerkannt und angesehen

⁴⁹⁴ Eingehend zur Einbeziehung der Verbraucher Harte-Bavendamm/Lowe/Harte-Bavendamm, Handbuch Markenpiraterie, § 3 Rn. 74 ff.

⁴⁹⁵ Vgl. den Abschlussbericht der Hochschule Darmstadt (Fn. 329), S. 66 ff.

⁴⁹⁶ So z. B. der APM durch seine zahlreichen Akitonen und seine Broschüre „Schön falsch. Echt gefährlich.“ aus dem Jahr 2010. Abrufbar unter: http://www.markenpiraterie-apm.de/files/broschuere_2_auflage_091110_low.pdf (Stand: 16.08.2010). Für weitere Verbände und Internetplattformen vgl. Fn. 5 und 7.

⁴⁹⁷ Ausführlich zu den Gefahren und Folgen von Produktimitationen vgl. Kapitel 1 C IV und VII.

⁴⁹⁸ Ausführlich zum Verbraucherverhalten vgl. die Studie „Fake nation? – A study into an everyday crime“. IPTOC, Report for Organised Crime Task Force, Northern Ireland Office, 2005. Abrufbar unter: <http://www.fact-uk.org.uk/site/downloads/misc/IPTOC%20Report.pdf> (Stand: 16.08.2010). Insbesondere die massiven illegalen Downloads aus dem Internet bringt die Frage nach einem generellen Respektverlust vor dem Geistigen Eigentum anderer auf. Die Wissensgesellschaft tendiert offenbar immer mehr zur „Open-Source-Gesellschaft“.

wird. Die Stärkung des Rechtsbewusstseins ist deshalb wesentliches Element vor allem politischer Präventivmaßnahmen, die auf nationaler und internationaler Ebene von Regierungen, Organisationen und Verbänden ergriffen werden. Zur Eindämmung von Schutzrechtsverletzungen kann auf diese Weise jedoch nur auf lange Sicht beigetragen werden.

4. Kapitel Alternative Maßnahmen

Die Bedingungen für die Nutzung geistiger Leistungen haben sich grundlegend geändert. Informationszeitalter und Globalisierung fordern das immaterialgüterrechtliche System in besonderem Maße heraus. So vielschichtig die durch die zunehmende Verletzung von Schutzrechten durch Produktnachahmungen ausgelösten Probleme sind, so eindeutig hat sich im Verlauf der Untersuchung nicht nur in Bezug auf China die mangelhafte Rechtsdurchsetzung als Kernproblem erwiesen. Die Ausführungen haben gezeigt, weshalb die bislang ergriffenen rechtlichen Maßnahmen an faktischen Grenzen scheitern und ergänzende Maßnahmen die grassierenden Schutzrechtsverletzungen langfristig allenfalls eindämmen, aber nicht signifikant verhindern können.

Gelingt es jedoch nicht, geistige Leistungen effektiv zu schützen, so droht nach der immaterialgüterrechtlichen Theorie ein Rückgang der für die wirtschaftliche Fortentwicklung vor allem industrialisierter Volkswirtschaften notwendigen Inventions- und Innovationsbereitschaft, da die Ausschließlichkeitsrechte den Wettbewerbsvorsprung der Schutzrechtsinhaber nicht mehr aufrechterhalten und damit der wirtschaftliche Anreiz zu Investitionen in Erfindungen abnehmen kann.⁴⁹⁹ Dem Fehlen adäquater Durchsetzungsmöglichkeiten käme in diesem Fall eine das Allgemeinwohl hemmende Wirkung zu – ähnlich dem Nichtbestehen des immaterialgüterrechtlichen Schutzes.⁵⁰⁰ Gerade die Industrienationen können es sich aber nicht leisten, den wachsenden Anteil der immateriellen Wertschöpfung vom marktwirtschaftlichen Verkehr auszuschließen.⁵⁰¹ Fraglich ist deshalb, ob alternative Maßnahmen bestehen, die eine effektivere Rechtsdurchsetzung ermöglichen oder die Inventions- und Innovationsbereitschaft anderweitig aufrechterhalten können. Im Folgenden werden aktuell diskutierte Vorschläge untersucht.

A. Anhebung des Durchsetzungsniveaus durch internationale Abkommen

Nahe liegend ist zunächst die Überlegung, das bestehende Schutzsystem im Bereich der Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten weiter auszubauen. Zwar lässt sich das Problem der Dimension des weltweiten Warenaustauschs nicht

⁴⁹⁹ Siehe dazu Kapitel 1 D II 1 a (cc). Vgl. dazu aber auch Fn. 125 und 175.

⁵⁰⁰ Vgl. Haas, TRIPS Welthandelsrecht, S. 129 und Kapitel 1 D II 1 a (cc).

⁵⁰¹ Dazu Bußmann, Patentrecht und Marktwirtschaft, GRUR 1977, S. 121 ff. (135).

beheben, unter Umständen können jedoch das Auffinden der schutzrechtsverletzenden Ware in den Zielstaaten schutzrechtsverletzender Produkte durch geeignete Maßnahmen verbessert und die weitere Rechtsdurchsetzung erleichtert werden. Auch besteht die Möglichkeit, dass durch spezifizierte rechtliche Durchsetzungsvorgaben der Freiraum zur Umsetzung der Durchsetzungsbestimmungen des TRIPS-Abkommens eingeschränkt wird. Dies hätte möglicherweise zur Folge, dass die Effektivität der Rechtsdurchsetzung in WTO-Mitglieds- und Hauptherkunftsländern schutzrechtsverletzender Produkte – wie z.B. in China – im Rahmen eines Streitbeilegungsverfahrens überprüft und gegebenenfalls sanktioniert werden könnte.

I. Freihandelsabkommen

Seit einigen Jahren bemühen sich Industriestaaten darum, das internationale immaterialgüterrechtliche Schutzniveau gegenüber dem Stand des TRIPS-Abkommens zu erhöhen (*TRIPS-Plus-Ansatz*). Bereits anlässlich des zehnjährigen Bestehens des TRIPS-Abkommens wurde auf einer von der EU-Kommission ausgerichteten Konferenz im Jahr 2004 über die grassierenden Schutzrechtsverletzungen und das Problem der Rechtsdurchsetzung diskutiert. Obwohl niemand leugnete, dass TRIPS im Hinblick auf die Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte nicht zu einer Verbesserung der Situation für Schutzrechtsinhaber beigetragen hatte, konnte man sich in diesem Kreis nicht darauf einigen, die Durchsetzungsbestimmungen des TRIPS-Abkommens zu verschärfen und so das Schutzniveau zu heben.⁵⁰² Versuche, dies auf multilateraler Ebene im Rahmen der WTO zu erreichen, scheiterten an Einwänden der Entwicklungsländer.

Zahlreiche Industriestaaten haben darauf mit einem Wechsel des Verhandlungsforums reagiert und TRIPS-Plus-Standards zum Gegenstand bilateraler Verhandlungen gemacht. In der Folge hat sich ein weitreichendes Geflecht an Freihandelsabkommen mit immaterialgüterrechtlichen Inhalten entwickelt. Diese Abkommen verpflichten die Vertragsstaaten zur Anhebung des Durchsetzungsniveaus für Geistiges Eigentum im Austausch gegen Handelsbegünstigungen. Vor allem die Freihandelsabkommen der USA, aber auch die Abkommen Japans beinhalten detailliertere Verpflichtungen zur

⁵⁰² *Kur*, TRIPS ten years later, GRUR Int. 2004, S. 837 ff. (838).

Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte.⁵⁰³ Auch die Europäische Kommission hat Freihandelsabkommen mit Indien, Korea, den ASEAN-Staaten und Lateinamerika abgeschlossen, die einen starken immaterialgüterrechtlichen Schutz vorsehen.⁵⁰⁴

II. Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)

Da die Wirksamkeit der Freihandelsabkommen zur Verbesserung der Durchsetzung von Schutzrechten auf die jeweiligen Vertragsstaaten beschränkt ist, forcieren die USA und Japan seit dem Jahr 2007 neben dem Abschluss von Freihandelsabkommen die Verhandlungen zum sogenannten Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA).⁵⁰⁵ Ziel des ACTA-Abkommens ist es, einen effektiveren rechtlichen Rahmen für die internationale Bekämpfung der Schutzrechtsverletzungen zu schaffen, der auf gleicher Höhe mit den globalen Entwicklungen und dem technischen Fortschritt steht. Zu diesem Zweck sollen die immaterialgüterrechtlichen Durchsetzungsbestimmungen im Vergleich zum Niveau des TRIPS-Abkommens angehoben werden. Daneben ist man bestrebt, Verbraucher besser vor Gesundheits- und Sicherheitsrisiken durch schutzrechtsverletzende Ware zu schützen.⁵⁰⁶

Das ACTA-Abkommen ist ein so genanntes „leadership agreement“, dem zunächst nur eine ausgesuchte Gruppe von Staaten beitrifft und erst später

⁵⁰³ Siehe dazu auch *Klopschinski/Prinz zu Waldeck und Pymont*, Geistiges Eigentum Globalisierte Welt, GRUR Int. 2008, S. 393 ff. (401 f. m. w. N.). Zur Frage, ob es sich dabei tatsächlich um TRIPS-Plus-Vorschriften handelt vgl. die Anmerkung von Joseph Straus auf S. 402.

⁵⁰⁴ Zu den Abkommen vgl. Europa Rapid Press Release IP/07/540 abrufbar unter: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/540&format=PDF&aged=1&language=DE&guiLanguage=en> (Stand: 16.08.2010).

⁵⁰⁵ Vgl. *Shaw*, The Problem with the Anti-Counterfeiting Trade Agreement (and what to do about it), *KEStudies*, Vol 2 (2008). Abrufbar unter: <http://kestudies.org/ojs/index.php/kes/article/view/34/59> (Stand: 16.08.2010). Das Bundesministerium der Justiz stellt das ACTA-Abkommen in einem Überblick dar. Vgl. http://www.bmj.bund.de/files/-/3214/Anti-Counterfeiting-Trade%20Agreement_ACTA%20FAQ.pdf (Stand: 16.08.2010). Erläuterungen der Handelsbeauftragten der Vereinigten Staaten des USTR Susan Schwab zum ACTA sind abrufbar unter: http://www.ustr.gov/Document_Library/Press_Releases/2007/October/Ambassador_Schwab_Announces_US_Will_Seek_New_Trade_Agreement_to_Fight_Fakes.html (Stand: 16.08.2010).

⁵⁰⁶ Zwar wurde die Idee zu einem vergleichbaren Abkommen erstmals bereits während des Global Congress on Combating Counterfeiting im Jahr 2004 vom Australian Department of Foreign Affairs and Trade vorgebracht. Sie stieß unter den Kongressteilnehmern allerdings nicht auf die nötige Resonanz und wurde daher vorerst nicht weiter verfolgt.

weitere Länder folgen können.⁵⁰⁷ Zu den Handelspartnern, die sich auf Initiative Japans und der USA an Verhandlungsrunden⁵⁰⁸ beteiligen und dem Abkommen auf freiwilliger Basis beitreten können, gehören Australien, Kanada, Korea, Mexiko, Marokko, Neuseeland, Singapur und die Schweiz. Auch die EU nimmt an den Verhandlungsrunden teil. Das dazu nötige Mandat hatten die EU-Mitgliedsstaaten der Europäischen Kommission zuvor erteilt.

Derzeit ist geplant, dass die Verhandlungsrunden noch im Jahr 2010 zu einem Abschluss kommen. Dies hatten die G8-Staaten (mit Ausnahme Russlands, das als einziges der G8-Länder kein ACTA-Verhandlungspartner ist) bereits auf dem G8-Gipfel in L'Aquila verkündet⁵⁰⁹ und während der neunten Verhandlungsrunde, die Ende Juni dieses Jahres in Luzern stattfand, bekräftigt⁵¹⁰.

1. Inhalt des Abkommens

Die Verhandlungen zum ACTA-Abkommen orientieren sich an einem unveröffentlichten Vertragsentwurf der japanischen Delegation sowie an den Bestimmungen zur Rechtsdurchsetzung aus einem Freihandelsabkommen der USA mit Korea aus dem Jahr 2007.⁵¹¹ Aufgebaut wird zudem auf der bereits bestehenden Zusammenarbeit zwischen der EU und den USA im Bereich der Bekämpfung von Schutzrechtsverletzungen.

Zur Diskussion stehen zivil-, straf- und verwaltungsrechtliche Aspekte der Rechtsdurchsetzung. Bislang widmete sich jede Verhandlungsrunde einem speziellen Themengebiet.⁵¹² Über den näheren Inhalt des geplanten

⁵⁰⁷ *Klopschinski/Prinz zu Waldeck und Pyrmont*, Geistiges Eigentum Globalisierte Welt, GRUR Int. 2008, S. 393 ff. (396).

⁵⁰⁸ Seit der Ankündigung des geplanten Abkommens im 2007 fanden 9 Verhandlungsrunden statt. Im Juni 2008 in Genf, im Juli 2008 in Washington, im Oktober 2008 in Tokyo, im Dezember 2008 in Paris, im Juli 2009 in Rabat, im November 2009 in Seoul, im Januar 2010 in Guadalajara, im April 2010 in Wellington und Ende Juni 2010 in Luzern.

⁵⁰⁹ Die Vorarbeiten zu G8-Gipfel im Hinblick auf das Geistige Eigentum wurden von einer Expertengruppe für Geistiges Eigentum geleistet. Der Bericht der „G8 IPEG“ ist abrufbar

unter: http://www.g8italia2009.it/static/G8_Allegato/ITALY%20G8%20IPEG%20Final%20Report_0.pdf (Stand: 16.08.2010). Er enthält auch Vorschläge für Modellabkommen.

⁵¹⁰ Vgl. dazu die Pressemitteilung der Europäischen Kommission unter: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=588&serie=352&langId=en> (Stand: 16.08.2010).

⁵¹¹ *Klopschinski*, ACTA, GRUR Int. 2008, S. 783. Das Freihandelsabkommen der USA mit Korea (sog. KORUS FTA) ist auf der Homepage des USTR abrufbar unter: http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/Bilateral/Republic_of_Korea_FTA/Final_Text/Section_Index.html (Stand: 16.08.2010).

⁵¹² Vgl. den Überblick bei *Klopschinski*, ACTA, GRUR Int. 2009, S. 365.

Vertragswerks war bis Anfang 2009 allerdings kaum etwas bekannt, da die Öffentlichkeit über den Stand der Vertragsverhandlungen nicht informiert wurde. Vor allem in dem in dieser Arbeit nicht näher Betrachteten Bereich der *digitalen Piraterie* (vgl. Kapitel 1 C I) lag und liegt die Reichweite des Abkommens noch weitgehend im Dunkeln. Zahlreiche Interessengruppen sowie das Europäische Parlament⁵¹³ kritisierten die Arbeit hinter verschlossenen Türen. Ihrer Forderung nach mehr Transparenz wurde lange Zeit jedoch nicht entsprochen. Erst mit der Veröffentlichung der bisherigen Ergebnisse⁵¹⁴ der Verhandlungen im April dieses Jahres kam man diesem Anliegen zumindest teilweise nach. Die offenbarten Informationen ermöglichen allerdings weiterhin nur einen sehr begrenzten Einblick in den geplanten Regelungsumfang:

So beabsichtigen die Verhandlungspartner unter anderem die internationale Kooperation der Zoll- und der Strafverfolgungsbehörden zu erweitern und verstärkt Informationen auszutauschen. Ein Schwerpunkt liegt auf dem Datenaustausch zwischen den Zollverwaltungen der beteiligten Staaten. Ziel ist, künftig das Potential der nationalen und internationalen Risikoanalysen zu verbessern und gezieltere Aufgriffe und Kontrollen zu ermöglichen.⁵¹⁵ Den Zollbehörden sollen zudem erweiterte Befugnisse bei Grenzmaßnahmen zukommen. Im Rahmen der Grenzmaßnahmen wird ferner diskutiert, ob sie für sämtliche oder nur für ausgewählte Schutzrechte Anwendung finden, in welchen Situationen (Einfuhr, Ausfuhr oder Transit von Waren) die Maßnahmen greifen und ob gegebenenfalls ein Tätigwerden von Amts wegen möglich ist. Außerdem soll das ACTA-Abkommen auch Vorgaben darüber enthalten, unter welchen Umständen rechtsverletzende Ware wieder in die Handelswege eingeführt werden darf und wann eine Vernichtung angezeigt ist. Damit wird ein im WTO-Streitbeilegungsverfahren zwischen China und den USA strittiger Punkt aufgegriffen.⁵¹⁶

Darüber hinaus diskutiert man den Einsatz zivilrechtlicher Rechtsdurchsetzungsmittel (wie zum Beispiel einstweilige Maßnahmen) und

⁵¹³ *Klopschinski*, ACTA, GRUR Int. 2010, S. 457.

⁵¹⁴ Vgl. http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2009/april/tradoc_142745.pdf (Stand: 16.08.2010) und die Zusammenfassung bei *Klopschinski*, ACTA, GRUR Int. 2009, S. 549 f.

⁵¹⁵ Bereits auf dem G8-Gipfel in Heiligendamm wurde vorgeschlagen ein Informationssystem zur besseren Bekämpfung der Produktpiraterie (Information System on Intellectual Property Rights – INFO_IPR) zu schaffen. Vgl. Fn. 3. Diese Initiative wird weitergeführt.

⁵¹⁶ Vgl. Kapitel 3 A II 1.

Fragen der Beweissicherung.⁵¹⁷ Angestrebt wird ebenso, dass der Rechtsinhaber im Falle des Obsiegens die Gerichts- und Anwaltskosten nach Möglichkeit nicht zu tragen hat. Zudem soll definiert werden wann ein Schadensersatz angemessen und wie dieser zu berechnen ist.

Im Rahmen der strafrechtlichen Rechtsdurchsetzung werden erhöhte Haftstrafen und Geldbußen in Erwägung gezogen. Diese sollen der Abschreckung dienen und dem Schutzrechtsverletzer den monetären Anreiz nehmen. Zudem soll das ACTA-Abkommen festlegen, welche Schwellenwerte überschritten werden müssen, damit urheber- oder markenrechtliche Schutzrechtsverletzungen strafrechtliche Sanktionen nach sich ziehen. Auch hier wird also ein Kritikpunkt aus dem WTO-Streitbeilegungsverfahren mit China aufgenommen.⁵¹⁸ Überdies soll die strafrechtliche Verfolgung von Schutzrechtsverletzungen durch gezielte Maßnahmen erleichtert werden.

Ein eigener Abschnitt des Abkommens wird sich der Frage nach der Umsetzung der rechtlichen Bestimmungen widmen. Hierzu zählen die Koordinierung der Arbeit der innerstaatlichen Behörden, die Weiterbildung der zuständigen Beamten, die Erhebung statistischer Daten, Maßnahmen zur verbesserten Identifikation der schutzrechtsverletzenden Ware durch die Zollbehörden und eine verbesserte Öffentlichkeitsarbeit.

2. Kritik

Wie in dieser Arbeit bereits ausgeführt wurde, ist die Tatsachengrundlage für ein Vorgehen gegen die grassierende Verletzung von Schutzrechten nicht tragfähig, da das Ausmaß der weltweiten Verletzung geistiger Eigentumsrechte unbekannt ist.⁵¹⁹ Vor allem für eine Verschärfung der rechtlichen Rahmenbedingungen sämtlicher Immaterialgüterrechte bedarf es daher weitergehender Analysen. Auch eine vom Europäischen Parlament im Mai 2008 in Auftrag gegebene Studie bemängelt dass gegenwärtig keine verlässlichen Zahlen über das Ausmaß und die Folgen der Schutzrechtsverletzungen existierten und die Voraussetzungen für eine Verschärfung der Rahmenbedingungen somit nicht gegeben seien.⁵²⁰ Die von der EU und den USA vorgelegten Zahlen beruhten vorwiegend auf

⁵¹⁷ Siehe dazu auch *Klopschinski*, ACTA, GRUR Int. 2009, S. 365.

⁵¹⁸ Vgl. Kapitel 3 A II 1.

⁵¹⁹ Siehe dazu Kapitel 1 E I.

⁵²⁰ Die Studie des Directorate-General for External Policies of the Union (EXPO/B/INTA/2008/13) ist abrufbar unter: <http://www.ip-watch.org/files/PE406968EN.pdf> (Stand: 16.08.2010).

Untersuchungen der betroffenen Industrien, die zu Übertreibungen neigten.⁵²¹ Allein auf die Studie der OECD über „die wirtschaftlichen Folgen von Produkt- und Markenpiraterie“⁵²² könne sich ein derart umfangreiches internationales Abkommen nicht stützen, auch wenn der wirtschaftlichen Notwendigkeit eines besseren Schutzes der Immaterialgüterrechte nicht zu widersprechen sei.

Schwierigkeiten werden darüber hinaus in der Überlappung einer Vielzahl von Abkommen zum Schutz Geistigen Eigentums gesehen. Gerade innerhalb der EU müsse eine einheitliche immaterialgüterrechtliche Strategie verfolgt werden, damit die Interessen der Gemeinschaft wirksam nach außen vertreten werden könnten.⁵²³ Aus der Praxis ist ferner zu hören, dass nach Ansicht einiger Verhandlungspartner die Durchsetzungsbestimmungen nicht für sämtliche Schutzrechte gelten sollten. So diskutiert man offenbar, ob das Patentrecht vom Schutzzumfang des ACTA-Abkommens auszunehmen ist. Bereits in der Runde der Verhandlungspartner stößt dies jedoch auf Kritik, da die Schutzrechte dann nicht gleich gewichtet und behandelt würden.

3. Wirksamkeit des Abkommens

Das ACTA-Abkommen greift Fragen der Rechtsdurchsetzung auf, die auf internationaler Ebene noch nicht explizit geregelt sind. Die Verhandlungspartner spezifizieren und erweitern damit die Vorgaben der Durchsetzungsbestimmungen des TRIPS Abkommens (Art. 41 ff. TRIPS).⁵²⁴ Nachdem TRIPS sowohl im materiell-rechtlichen Bereich als auch auf der Ebene der Rechtsdurchsetzung lediglich Mindestschutzanforderungen stellt, sind weitergehende Vereinbarungen im Sinne eines TRIPS-Plus-Ansatzes, die geistige Eigentumsrechte umfassender schützen, grundsätzlich zulässig (vgl. Art. 1 I 2 TRIPS). Das ACTA-Abkommen reiht sich damit in die im dritten Kapitel beschriebene kontinuierliche Ausdehnung der rechtlichen Maßnahmen zur Durchsetzung von Schutzrechten ein.

Da die Inhalte des ACTA-Abkommens nicht im Detail bekannt sind, können zum gegenwärtigen Zeitpunkt keine umfassenderen Aussagen zur möglichen Wirksamkeit des Abkommens im Hinblick auf eine effektivere Durchsetzung von Schutzrechten getroffen werden. Anhand der folgenden Überlegungen lassen sich jedoch zumindest Grundtendenzen ableiten.

⁵²¹ Vgl. Fn. 123 a.a.O.

⁵²² Zur OECD Studie vgl. Fn. 6.

⁵²³ *Klopschinski*, ACTA, GRUR Int. 2008, S. 783.

⁵²⁴ Vgl. Kapitel 3 A I.

(a) Potentielle Verbesserung der Situation für Schutzrechtsinhaber

Aus Sicht der Rechtsinhaber und damit vor allem auch aus Sicht der Industriestaaten sind die geplanten Maßnahmen begrüßenswert, da sie grundsätzlich zu einer effektiveren Durchsetzung der Immaterialgüterrechte beitragen: Erstens steigern erhöhte Haftstrafen und Geldbußen, festgelegte Schwellenwerte für die strafrechtliche Verfolgbarkeit (die vermutlich niedriger sind als die gegenwärtigen Schwellenwerte in China) sowie verbesserte Möglichkeiten, die schutzrechtsverletzende Ware zu entdecken, das Risiko der Rechtsverfolgung für Imitatoren und dienen der Abschreckung. Zweitens besteht durch eine weltweit intensiviertere Zusammenarbeit der Zollbehörden die Chance, dass sich die Beschlagnahmequoten an den Grenzen mit Hilfe detaillierterer Risikoprofile zumindest erhöhen. Sie werden in Anbetracht des weltweiten Warenumschlages allerdings weiterhin nur zur Entdeckung eines sehr geringen Teils der gehandelten schutzrechtsverletzenden Waren führen können. Sollte die Wiedereinfuhr beschlagnahmter Ware in die Handelswege nur unter engen Voraussetzungen möglich sein, so trägt dies drittens dazu bei, dass die schutzrechtsverletzenden Waren den Rechtsinhabern zumindest nicht erneut Schaden zufügen. Müssen die Gerichts- und Anwaltskosten im Falle des Obsiegens in einem Rechtsstreit von den Rechtsinhabern nicht getragen werden, so kann dies viertens insbesondere bei KMU die Hemmschwelle für ein Vorgehen mit rechtlichen Mitteln im Falle eines aussichtsreichen Verfahrens senken, da sich die potentielle Kostenlast verringert. Einheitliche Vorgaben zur Bestimmung und Berechnung eines angemessenen Schadensersatzes können fünftens dazu verhelfen, dass Schutzrechtsinhabern vermehrt auch der tatsächlich entstandene Schaden ersetzt wird und Imitatoren durch höhere Schadensersatzzahlungen vor weiteren Produktnachahmungen abgeschreckt werden.

(b) Probleme bei der Überprüfung der Effektivität der Rechtsdurchsetzung

Für die Frage nach den Erfolgsaussichten eines Verfahrens, welches die Effektivität der Umsetzung der Durchsetzungsvorgaben des ACTA-Abkommens in einem Vertragsstaat zum Gegenstand hat, ist zunächst entscheidend, in wie weit die Länder durch das Übereinkommen zur Umsetzung der Durchsetzungsbestimmungen verpflichtet werden. Dabei kommt es – wie die Ausführungen in Kapitel 3 A III gezeigt haben – entscheidend auf die Formulierung der Durchsetzungsbestimmungen an. Je

nach dem, wie groß die Freiräume sind, welche den Vertragsstaaten durch die Bestimmungen bei der Umsetzung gewährt werden, sind diese zu einer mehr oder minder effektiven Rechtsdurchsetzung verpflichtet.

Die Tatsache, dass die potentiellen Vertragspartner die Wahl des Verhandlungsforums außerhalb multilateraler Strukturen wie der WIPO und der WTO damit begründen, dass durch die Eigenständigkeit ein weiter reichendes Schutzniveau⁵²⁵ erzielt werden könne und die Prioritäten der genannten zwischenstaatlichen Organisationen einem erfolgreichen Abschluss des ACTA-Abkommens entgegenstünden⁵²⁶, spricht dafür, dass die Durchsetzungsbestimmungen im Gegensatz zum TRIPS-Abkommen deutlich verschärft und nicht mit einer Fülle unbestimmter Rechtsbegriffe versehen, sondern wesentlich präziser formuliert werden. Den Vertragsstaaten würden damit im Vergleich zum TRIPS-Abkommen wesentlich weniger Freiräume bei der Umsetzung der Durchsetzungsbestimmungen zugebilligt

Auch der Erfolg spezifizierter Durchsetzungsvorgaben ist jedoch davon abhängig, dass ihre Erfüllung überprüft werden kann. Die Erhebung statistischer Daten zur Rechtsdurchsetzung kann sich in diesem Punkt grundsätzlich positiv auswirken. Allerdings ist auch hier fraglich, in wie weit verwertbare Daten überhaupt ermittelt werden können, da die tatsächliche Durchsetzung von Schutzrechten (wie beispielsweise in China) in der Regel an Verhaltensweisen von Beamten oder Angestellten im öffentlichen Dienst scheitert und sich diese nur schwer in messbare Größen umsetzen lassen (vgl. Kapitel 3 A III 3). Sollten sich trotz der weiteren Bedenken, die in dieser Arbeit an gleicher Stelle bereits zur Ermittlung aussagekräftigen Zahlenmaterials geäußert wurden, gleichwohl verwertbare Daten finden, so könnten diese jedoch nicht nur im Rahmen des ACTA-Abkommens verwendet werden, sondern auch in zukünftigen Streitbeilegungsverfahren vor dem DSB, die sich auf die Wirksamkeit der Umsetzung der Durchsetzungsvorgaben des TRIPS-Abkommens konzentrieren.

Im Hinblick auf die Überprüfung der Umsetzung der Durchsetzungsbestimmungen des ACTA-Abkommens ist zudem unklar, wer diese vollzieht, da das Abkommen nicht in den bestehenden internationalen Organisationen und Strukturen, wie der WIPO oder der WTO, verhandelt

⁵²⁵ Siehe dazu http://www.bmj.bund.de/files/-/3214/Anti-Counterfeiting-Trade%20Agreement_ACTA%20FAQ.pdf, S. 3 (Stand: 16.08.2010).

⁵²⁶ *Klopschinski*, ACTA, GRUR Int. 2009, S. 549 f. (549).

wird und deshalb beispielsweise der DSB als Organ zur Streitbeilegung nicht zur Verfügung steht. Folglich müsste ein zusätzliches Kontrollorgan außerhalb des WTO-Streitbeilegungssystems geschaffen werden.

(c) Beitritt Chinas fraglich

Kann die Umsetzung der Durchsetzungsbestimmungen durch ein Kontrollorgan sichergestellt werden, so scheint das Abkommen eine Möglichkeit darzustellen, zur effektiven Durchsetzung von Schutzrechten in den Vertragsstaaten beizutragen, auch wenn davon auszugehen ist, dass selbst sehr detaillierte Bestimmungen zur Rechtsdurchsetzung nie von allen Vertragsstaaten in gleichem Maße eingehalten werden. Da die Rechtsdurchsetzung in den Zielstaaten schutzrechtsverletzender Produkte im Großen und Ganzen auch weiterhin an der Dimension des weltweiten Warenaustauschs scheitern wird, ist entscheidend, dass durch das ACTA-Abkommen vor allem die Herkunftsländer schutzrechtsverletzender Ware (allen voran die Volksrepublik China) in die Pflicht genommen werden. Zwar nimmt bislang kein Hauptherkunftsland schutzrechtsverletzender Produkte an den Verhandlungen zum ACTA-Abkommen teil, Ziel ist es jedoch, dass diese Länder nach Abschluss des Abkommens sukzessive in den Kreis der Vertragsstaaten integriert werden.⁵²⁷

Es ist allerdings zu bezweifeln, dass die Herkunftsländer schutzrechtsverletzender Ware dem Abkommen freiwillig beitreten werden, denn deutlich verstärkte Rechtsdurchsetzungsmaßnahmen sind nur im Interesse der Industriestaaten, die um einen verbesserten Schutz ihrer Inventionen bemüht sind, nicht aber im Interesse der Entwicklungsländer, die vornehmlich schutzrechtsverletzende Ware herstellen und auf die Nutzung fremder Inventionen zur wirtschaftlichen Entwicklung angewiesen sind.⁵²⁸ Durch ein Abkommen, das deutlich verschärfte Bestimmungen zur Rechtsdurchsetzung beinhaltet, wird Entwicklungsländern die Möglichkeit genommen, die Durchsetzungsbestimmungen entsprechend ihrer jeweiligen

⁵²⁷ Neben China sollen nach Möglichkeit auch Indien, Brasilien und Südafrika beitreten. Letztere zählen derzeit allerdings noch nicht zu den Hauptherkunftsländern schutzrechtsverletzender Produkte. Siehe dazu auch http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2008/october/tradoc_140836.11.08.pdf S. 2 (Stand: 16.08.2010).

⁵²⁸ Vgl. Kapitel 2 B und C III sowie die Einleitung zu Kapitel 3. Vor allem für die am wenigsten entwickelten Länder hängt die Chance, ihre Technologien weiterzuentwickeln und an den globalen Standard anzunähern, entscheidend davon ab, dass diese kopieren und beherrschen lernen. Siehe dazu *Hilty/Jaeger/Kitz*, Geistiges Eigentum Durchsetzung, S. VII f.

wirtschaftlichen und sozioökonomischen Situation zur implementieren. Dies nimmt ihnen nicht nur die durch das TRIPS-Abkommen gewährte Flexibilität, sich im immaterialgüterrechtlichen Bereich ihrer eigenen Geschwindigkeit zu entwickeln, sondern vor allem auch die Möglichkeit Inventionen zur Förderung der eigenen wirtschaftlichen Entwicklung zu nutzen. Entwicklungsländer werden daher – wie bereits bei der Einführung der heute bestehenden internationalen Abkommen zum Schutz Geistigen Eigentums – alles daran setzen, dem internationalen Druck möglichst lange Stand zu halten und dem ACTA-Abkommen nicht oder zumindest nicht in einem frühen wirtschaftlichen Entwicklungsstadium beizutreten.

Für das Hauptherkunftsland schutzrechtsverletzender Produkte, die VR China, besteht derzeit keine dringende Notwendigkeit für verbesserte Bedingungen zur Rechtsdurchsetzung zu sorgen.⁵²⁹ Es ist daher unwahrscheinlich, dass China in naher Zukunft aus eigenem Antrieb einem Abkommen beitreten wird, das deutlich erhöhte Anforderungen an die Wirksamkeit der Rechtsdurchsetzung stellt. Dass die Volksrepublik zu einem späteren Beitritt durch politischen Druck gezwungen werden kann erscheint fraglich: Bereits auf politischer Ebene hat die VR China eine gewichtige Position im Machtgefüge der Wirtschaftsnationen erlangt, die es ihr vermutlich ermöglicht, dem internationalem Druck auch längerfristig Stand zu halten. Gestützt wird diese Position durch das wirtschaftliche Potential des Landes. So verfügt China derzeit über die größten Devisenreserven der Welt. Zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung im Hauptherkunftsland schutzrechtsverletzender Produkte, trägt das ACTA-Abkommen daher vermutlich nicht bei.

4. Weltweit einheitlicher Durchsetzungsstandard sinnvoll?

Das ACTA-Abkommen strebt einen weltweit einheitlichen und vermutlich sehr hohen Durchsetzungsstandard an. Ein für sämtliche Staaten gleichermaßen optimales und gleichzeitig sehr hohes Durchsetzungsniveau existiert aufgrund der unterschiedlichen sozioökonomischen Bedingungen der jeweiligen Länder nicht. Um eine größtmögliche Akzeptanz (vor allem später auch bei den Hauptherkunftsländern schutzrechtsverletzender Produkte) zu erreichen, ist ähnlich wie im TRIPS-Abkommen, auch im Rahmen des ACTA-Abkommens ein möglichst umfassender und angemessener Ausgleich zwischen den beteiligten Interessengruppen

⁵²⁹ Vgl. Kapitel 2 C II 3.

anzustreben. Die Durchsetzung von Schutzrechten darf nicht isoliert davon betrachtet werden, ob eine ausreichende Balance zwischen dem Schutzinteresse der Industrienationen und dem Interesse der Entwicklungsländer an der Nutzung fremder Inventionen zur wirtschaftlichen Entwicklung gewahrt ist. Dies spricht wiederum nicht zwingend gegen eine Erhöhung der Mindeststandards für die Rechtsdurchsetzung. Trotz der vermuteten Verschärfung der Durchsetzungsbestimmungen, die wahrscheinlich deutlich erhöhte Mindeststandards einfordert, muss die Flexibilität der nationalen Gesetzgebung aber gleichwohl erhalten bleiben. Verpflichtende Bestimmungen sollten nur eingeführt werden, wenn sie zur Erhaltung und Funktion des Systems unerlässlich sind. In wie weit diese Überlegungen bei den Verhandlungen zum ACTA-Abkommen berücksichtigt werden, kann den gegenwärtig verfügbaren Informationen nicht entnommen werden.

Selbst wenn ein solcher weltweit einheitlicher und sehr hoher Durchsetzungsstandard erzielt werden könnte, erscheint er aus wohlfahrtökonomischen Gesichtspunkten allerdings nur bedingt sinnvoll. Durch die Nutzung fremder Inventionen kann das wirtschaftliche Entwicklungsniveau der Entwicklungsländer sehr schnell angehoben werden.⁵³⁰ Unwahrscheinlich ist hingegen, dass „freiwilliger“ Technologietransfer durch Industrienationen in ausreichendem Maße erfolgen würde, um die wirtschaftliche Entwicklung in Entwicklungsländern ähnlich voranzutreiben. Das Überstülpen eines einheitlich starken Rechtsschutzes im Sinne eines „one size fits all“-Ansatzes für Länder unterschiedlicher Entwicklungsstufen kann deshalb zu Verzerrungen⁵³¹ führen und sich negativ (im Sinne einer gesamtwirtschaftlichen Betrachtung) auswirken.

B. Verzicht auf die Anmeldung von Schutzrechten

Selbst verschärfte Durchsetzungsbestimmungen verhelfen folglich auch in entfernterer Zukunft nicht zu einer effektiven Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte in den Hauptherkunftsändern schutzrechtsverletzender Produkte, da diese dem ACTA-Abkommen nach Möglichkeit nicht beitreten werden. Auch die effektive Rechtsdurchsetzung in den Zielstaaten wird weiterhin an der Dimension des weltweiten Warenaustauschs scheitern.

⁵³⁰ Vgl. Kapitel 2 B und C III.

⁵³¹ So auch *Hilty/Jaeger/Kitz*, Geistiges Eigentum Durchsetzung, S. VII.

Fraglich ist deshalb, ob es sich derzeit überhaupt noch lohnt Schutzrechte anzumelden, denn am Ende entscheidet die Durchsetzbarkeit über den Nutzen des Rechts. Der Verzicht auf die Anmeldung von Schutzrechten könnte daher eine Handlungsalternative darstellen, sofern Inventions- und Innovationsbereitschaft anderweitig aufrechtzuerhalten sind.

Wirklich interessant ist diese Lösung natürlich nur als Alternative zu den technischen Schutzrechten und hier insbesondere zum Patent. Berichten zufolge reagieren Unternehmen vor allem auf die grassierenden Schutzrechtsverletzungen in China tatsächlich vermehrt mit einem Verzicht⁵³² auf den Patentschutz. Die Inanspruchnahme des Patentsystems wird häufig sogar als kontraproduktiv⁵³³ empfunden. Als Grund werden allerdings nicht nur die Schwierigkeiten bei der Rechtsdurchsetzung⁵³⁴ genannt, sondern auch die Verpflichtung zur Offenlegung⁵³⁵ der Patentanmeldung. Diese erfolgt automatisch 18 Monate nach Einreichung der Anmeldung und macht die schriftliche Erläuterung der Erfindung zur Verbreitung des technischen Wissens für jedermann in den Patentdatenbanken (die meist sogar online zur Verfügung stehen) einsehbar.⁵³⁶ Der Erfinder spielt potentiellen chinesischen Imitatoren, welche diese Datenbanken häufig gezielt nach wirtschaftlich verwertbarem technischem Know-how durchsuchen, mit einer Schutzrechtsanmeldung in die Hände und gibt ihnen letztlich die „Lizenz zum Abkupfern“⁵³⁷.

⁵³² FTD, Firmen verzichten auf Patente, 02.01.2008. Abrufbar unter: <http://www.ftd.de/unternehmen/industrie/Firmen%20Patente/298097.html>. Spiegel Online, Lieber in den Panzerschrank, 03.01.2008. Abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,526453,00.html> (jeweils Stand: 16.08.2010).

⁵³³ *Meister*, Phänomen Produktpiraterie, WRP 1989, S 559 ff. (564).

⁵³⁴ Einer Studie zufolge verfügt lediglich jede fünfte der für den Technologiestandort Deutschland so wichtigen High-tech Gründung über Patentrechte oder plant solche anzumelden. Die mangelnde Durchsetzbarkeit ist dabei eines der wichtigsten Argumente gegen für die Patentierung. Vgl. Institut für Mittelstandsforschung: Der Einfluss von Patenten auf Gründungen in technologieorientierten Branchen, Bonn, 2007. Abrufbar unter: <http://www.ifm-bonn.org/index.php?id=339> (Stand: 16.08.2010).

⁵³⁵ Nach einer Umfrage des VDMA verzichten 37% der Mitgliedsfirmen aus diesem Grund auf den Patentschutz. Vgl. Die VDMA Studie „Patentstrategien im Maschinenbau“, Reihe Focus Recht, Frankfurt Februar 2005, S. 9.

⁵³⁶ Die empirische Ökonomie hat allerdings sehr große Schwierigkeiten, den mit der Offenlegung von Erfindungen verbundenen Nutzen abzuschätzen. Vgl. Dietmar Harhoff in seinem Vortrag „Innovationen und Wettbewerbspolitik – Ansätze zur ökonomischen Analyse des Patentsystems“ bei der Jubiläumsveranstaltung „30 Jahre Monopolkommission“ am 05.11.2004 in Berlin, S. 4. Abrufbar unter: http://www.inno-tec.bwl.uni-muenchen.de/files/forschung/publikationen/harhoff/Innovationen_20und_20Wettbewerbspolitik.pdf (Stand: 16.08.2010).

⁵³⁷ Handelsblatt, Die Lizenz zum Abkupfern, 04./05./06.07.2008, S. 23.

Die Probleme bei der Durchsetzung von Schutzrechten sowie die Verpflichtung zur Offenlegung des technischen Know-hows stellen für Erfinder und Unternehmen also zwei gute Gründe dar, auf die Patentanmeldung zu verzichten. Melden sie ihre Erfindungen nicht zum Patent an, so werden sie primär versuchen sie dauerhaft geheim zu halten, um ihren Wettbewerbsvorsprung nicht einzubüßen. In der Literatur zum Thema „Produktpiraterie“ wird die Möglichkeit der Geheimhaltung allerdings nur äußerst selten angesprochen.⁵³⁸ Auch aus der Beratungspraxis hört man kaum, dass diese Handlungsalternative angeraten wird.

I. Geheimhaltung

Die Frage, ob eine an sich schutzfähige Erfindung tatsächlich zum Patent⁵³⁹ angemeldet oder dieses Wissen lieber geheim gehalten wird, stellt sich prinzipiell im Vorfeld jeder Patentanmeldung. Dies hat zunächst den ökonomischen Hintergrund, dass Patentschutz letztlich nicht mehr kosten darf, als er einbringt. Die notwendigen Grundüberlegungen⁵⁴⁰ umfassen daher zum Beispiel die Frage nach den tatsächlich erzielbaren Monopolgewinnen. Auch gilt es, die Unsicherheit über die Erteilung und den späteren Schutzzumfang des Patents zu berücksichtigen. Maßgeblich sind in vielen Fällen vor allem die hohen Kosten⁵⁴¹ für Patentanmeldung und -aufrechterhaltung. Häufig sprechen sie gegen die Anmeldung der Erfindung zum Patent. Zwar mussten die Folgen der Offenlegung und die Schwierigkeiten bei der Rechtsdurchsetzung ebenfalls schon immer beachtet werden, ihr Bedeutungsgehalt hat sich jedoch durch die Globalisierung signifikant erhöht.

⁵³⁸ Erwähnt wird sie in *Wildemann et al.*, Plagiatschutz, S. 153 ff.; *Ann*, Produktpiraterie, in: Festschrift Schilling, S. 1 ff. (8 ff.), *Ann/Grüneis*, Herausforderung Produktpiraterie, IM 24/2008, S. 59 ff. (61 f.) und von *Welser/Gonzalez*, Marken- und Produktpiraterie, S. 308 ff.

⁵³⁹ Zur Vereinfachung beschränken sich die Ausführungen auf das Patent. Für das Gebrauchsmuster gelten die Ausführungen bis auf einige wenige Punkte entsprechend.

⁵⁴⁰ Ausführlich zu den Grundüberlegungen im Vorfeld der Patentanmeldung vgl. Harvard Businessmanager, Patente müssen sich lohnen, Januar 1999, S. 101 ff.

⁵⁴¹ Zum Einfluss der Kosten auf das Patentierungsverhalten vgl. die Studie von van Pottelsberghe de la Potterie und Francois „The Cost Factor in Patent Systems“ aus dem Jahr 2006, Centre Emile Bernheim Working Paper No. 06/002. Abrufbar unter: <http://ideas.repec.org/p/sol/wpaper/06-002.html> (Stand: 16.08.2010).

1. Know-how Schutz

Geheimgehaltenes technisches Know-how ist keineswegs schutzlos.⁵⁴² Sämtliche WTO-Mitgliedsländer müssen gem. Art. 39 TRIPS einen wirksamen Schutz für nicht offenkundige Informationen mit wirtschaftlichem Wert vorhalten.⁵⁴³ Im Gegensatz zu den Schutzrechten setzt der Know-how-Schutz allerdings nicht an der unautorisierten Benutzung einer Information an, sondern bereits bei der unbefugten Wissenserlangung und damit der Überwindung des faktischen Geheimnisschutzes. Die Information wird gegen die unlautere Offenbarung, also nur indirekt, „gewissermaßen als Reflex des Zugangsschutzes, der primär gewährleistet wird“⁵⁴⁴, geschützt.

Im Vergleich mit dem Patent bietet der Know-how-Schutz klare Vorteile. Erstens erfordert dieser keine Offenlegung. Zweitens ist der Schutzzumfang deutlich weniger eingeschränkt und erfasst zum Beispiel auch nicht-technische Verfahren oder Geschäftsmodelle. Der Know-how Schutz ist drittens zeitlich unbegrenzt und bedarf keiner Anmeldung sowie keines langwierigen Erteilungsverfahrens. Viertens ist er zumindest tendenziell billiger als das technische Schutzrecht, auch wenn sich die Geheimhaltungskosten für den Know-how-Schutz und für die Patentierung (zur Sicherung der Neuheit) natürlich teilweise decken.⁵⁴⁵ Vor allem internationaler Patentschutz ist jedoch mit sehr hohen Kosten verbunden.

2. Probleme

Die Geheimhaltung technischen Wissens kann jedoch nicht uneingeschränkt empfohlen werden. Erstens besteht die latente Gefahr des Offenkundigwerdens. Wird die Information infolge von Schutzlücken des faktischen Geheimnisschutzes bekannt, so geht ihr Schutz verloren. Das wertvolle Wissen kann nun ubiquitär genutzt werden. Auch ist der Weg der Patentierung mangels Neuheit verwehrt. Der Erfinder muss deshalb die Benutzung seiner geistigen Leistung durch Dritte dulden.

Zweitens muss der Erfinder die Erfindung in der Regel dauerhaft oder zumindest eine hinreichend lange Zeit geheim halten, um durch diesen

⁵⁴² Der Know-how Schutz wird in Deutschland allerdings noch immer weitgehend „stiefmütterlich“ behandelt. Vgl. *Ann*, Know-how, GRUR 2007, S. 39 ff. (39 f.).

⁵⁴³ Ausführlich zu den Schutzvoraussetzungen nach Art. 39 TRIPS Busche/Stoll/Peter/Michaelis, TRIPS, Art. 39. Der deutsche Know-how-Schutz wird durch eine Vielzahl zerstreuter Vorschriften gewährleistet, die dem Wirtschaftsrecht zuzuordnen sind (z. B. §§ 17 und 18 UWG).

⁵⁴⁴ *Ann*, Know-how, GRUR 2007, S. 39 ff. (40).

⁵⁴⁵ Zu den Kosten von Know-how Schutz vgl. FAZ, Geheimnisse sind schützenswert, 15.06.2009, S. 12.

Wettbewerbsvorteil die F&E-Aufwendungen wieder zu erwirtschaften. Nur dann ist gesichert, dass Inventions- und Innovationsbereitschaft auch weiterhin aufrechterhalten werden können. Die modernen technischen Möglichkeiten und die Verbreitung von Wirtschafts-⁵⁴⁶ und Industriespionage⁵⁴⁷ erschweren jedoch das langfristige Geheimhalten von Informationen. Hinzu kommt die Fluktuation von Mitarbeitern in den forschenden Unternehmen, mit der sich Betriebsgeheimnisse oftmals trotz bestehender Geheimhaltungsvereinbarungen verbreiten. Auch sind die Inventionszyklen heutzutage derart kurz, dass Wettbewerber binnen kürzester Zeit häufig die gleiche Erfindung tätigen und Patentschutz anstreben. Ein solches Patent kann ein Konkurrent dann auch gegen den Erfinder einsetzen.⁵⁴⁸ Der Vorsprung durch Geheimhaltung⁵⁴⁸ ist heute also oftmals nur gering.⁵⁴⁹ Dafür endgültig auf ein verwertbares Monopolrecht zu verzichten, will wohlüberlegt sein.

Drittens bietet sich die Alternative der Geheimhaltung nicht für alle Erfindungen an, da sie sich nicht immer in gleicher Weise schützen lassen. So können beispielsweise Produkte, die ein Sachpatent verkörpern, in der Regel nicht dauerhaft geheim gehalten werden, da moderne Reproduktionsmethoden (wie etwa der Einsatz von 3D-Scannern) das Reengineering von Produkten erheblich erleichtern. Sie verhelfen Konkurrenten dazu, die entscheidenden Informationen innerhalb kürzester Zeit ausfindig zu machen. Nur wenn die Technik so kompliziert ist, dass sie

⁵⁴⁶ Zum Ausmaß der Wirtschaftsspionage vgl. den Verfassungsschutzbericht Bayern 2008, S. 226 ff. und den Verfassungsschutzbericht 2008 des Bundesministerium des Innern, S. 264 ff. Abrufbar unter: http://www.innenministerium.bayern.de/imperia/md/content/stmi/sicherheit/verfassungsschutz/verfassungsschutzberichte/verfesch_08.pdf und http://www.bmi.bund.de/cae/servlet/contentblob/463552/publicationFile/40609/vsb_2008.pdf (jeweils Stand: 16.08.2010).

⁵⁴⁷ So rechnete die deutsche Wirtschaft im Jahr 2008 mit einem Rekordschaden durch Industriespionage in Höhe von 30 Milliarden Euro. SZ, Reden ist Silber, Schweigen ist Apple, 05./06.4.2008, S. 2. Plagiatoren schrecken nicht vor Industriespionage zurück. Vgl. Harvard Businessmanager, Patente – Mythos und Wirklichkeit, Juni 2009, S. 62 ff. (64).

⁵⁴⁸ Es gelten jedoch die Einschränkungen des § 12 PatG.

⁵⁴⁹ Der Dauer dieses Vorsprungs widmet sich die Studie von Mansfield „How rapidly does new industrial technology leak out?“, The Journal of Industrial Economics, Vol. 34 No. 2, Dezember 1985, S. 217 ff. Abrufbar unter: <http://xcsc.xoc.uam.mx/apymes/webftp/documentos/biblioteca/How%20Rapidly%20Does%20New%20Industrial%20Technology.pdf> (Stand: 16.08.2010). Es handelt sich dabei um die einzig verfügbare Quelle zu dieser Fragestellung. Der Autor kommt zu dem Ergebnis, dass sich detaillierte Informationen zu Produkten oder Verfahren innerhalb eines Jahres verbreiten.

nicht kopiert werden kann oder eine „Blackbox-Konstruktion“ gelingt, wird die Geheimhaltung Erfolg haben.

Demgegenüber sind Erfindungen, die ein Verfahren⁵⁵⁰ beschreiben, leichter geheim zu halten. Vor allem Rezepturen bieten sich hierzu an. Zwar lassen sich die Inhaltsstoffe derselben ermitteln, häufig kann aber nicht nachverfolgt werden, in welcher Reihenfolge, bei welchen Temperaturen und in welcher Menge Substanzen zugefügt wurden. Bis heute konnte deshalb zum Beispiel das entscheidende Know-how bei Kölnisch Wasser⁵⁵¹ und der Rezeptur des Erfrischungsgetränks Coca-Cola⁵⁵² erfolgreich geheim gehalten werden. Diese Beispiele zeigen, dass Geheimhaltung vor allem bei Verfahren durchaus auch einmal langfristig die betriebswirtschaftlich sinnvollere Alternative zum Patentschutz sein kann. Die Tatsache, dass es sich im Durchschnitt bei 80 bis 90%⁵⁵³ aller Patente um Sachpatente handelt, stützt die Vermutung, dass Unternehmen auch in der Praxis eher versuchen Verfahren geheimzuhalten als Produkte. Bei letzteren bevorzugen die Firmen weiterhin die Patentierung.⁵⁵⁴ Ein Grund dafür ist sicherlich auch darin zu sehen, dass bei Verfahrenspatenten der Nachweis der Patentverletzung sehr schwer zu führen ist, da die Konkurrenz den Einblick in ihre Produktionsstätten verwehren wird und die Produkte selbst oftmals keine Rückschlüsse auf das angewandte Herstellungsverfahren zulassen.

Viertens erweist sich die Verwertung von Betriebsgeheimnissen im Vergleich zur patentgeschützten Technologie als deutlich schwieriger: Der Patentinhaber kann seine patentierte Erfindung veräußern oder lizenzieren und wird dabei durch das Patentrecht, wie auch das Vertragsrecht geschützt. Faktisch geschütztes Know-how kann allenfalls vertraulich weitergegeben werden. Potentielle Nutzer müssen dazu aber überhaupt erst von der Existenz der Erfindung Kenntnis haben. Zudem muss die Weitergabe der vertraulichen Information durch aufwendige Vertragswerke gesichert werden. Dabei besteht die Schwierigkeit, den Wert der Erfindung zu vermitteln, ohne

⁵⁵⁰ So hält der französische Reifenhersteller Michelin das Produktions-Know-how geheim. Alain Pompidou, ehem. Präsident des Europäischen Patentamts in einem Interview in: Harvard Businessmanager, Hort des Wissens, März 2006, S. 50 f.

⁵⁵¹ Steckler, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 153.

⁵⁵² Eger/Weise, Patentrecht Imitationen, in: Innovationen, S. 107 ff. (120).

⁵⁵³ Oppenländer, Wirkungen Patentwesen Innovationsprozess, GRUR 1977, S. 362 ff. (363). Auch hier handelt es sich um die einzig verfügbare Quelle zu dieser Fragestellung.

⁵⁵⁴ Zum gleichen Ergebnis kommt die Studie „Is silence golden? Patents versus secrecy at the firm level“ von Katrin Hussinger, März 2005. Abrufbar unter: <http://www.gesy.uni-mannheim.de/dipa/37.pdf> (Stand: 16.08.2010).

diese offen zu legen.⁵⁵⁵ Geht man davon aus, dass derartige Vereinbarungen auch mit chinesischen Vertragspartnern geschlossen werden, da aus Kostengründen überwiegend in China produziert wird, so stellt sich hier erneut das Problem der Durchsetzung einer solchen Vereinbarung in der Volksrepublik.

Eine grundsätzliche Empfehlung zur Geheimhaltung kann letztlich also nicht abgegeben werden. Umgekehrt ist die Aussage, dass am besten nur sehr komplexe Produkte zur Patentierung angemeldet werden, welche ein hohes Maß an technischem Know-how voraussetzen⁵⁵⁶ und daher auch nach der Offenlegung nicht einfach nachgeahmt werden können, zwar sicherlich im Kern richtig, jedoch bei näherer Betrachtung zu pauschal.

3. Folgen

Die Geheimhaltung einer Erfindung ist allerdings nur dann eine sinnvolle Alternative zum Patentschutz, wenn grundsätzlich auf die Patentanmeldung verzichtet wird. Eine Beschränkung der Patentanmeldungen auf Staaten, die eine effektive Durchsetzung ermöglichen, ist nicht sinnvoll, da der Erfinder auf diese Weise die Chance verspielt, die Erfindung unter verbesserten Rechtsschutzbedingungen auch in anderen Ländern zu verwerten. Der dauerhafte und weltweite Verzicht auf staatlichen Monopolschutz führt jedoch dazu, dass – dem Grundsatz der Nachahmungsfreiheit entsprechend – sämtliche Nachahmungen zulässig sind. Das Imitationsproblem weitet sich auf diese Weise natürlich noch mehr aus, da auch redliche Konkurrenten die Erfindung dann völlig legal verwenden können.⁵⁵⁷

Werden Erfindungen in zunehmendem Maße geheim gehalten, so kann ihre Weiterentwicklung zudem mangels Verbreitung nicht sinnvoll unterstützt werden. In letzter Konsequenz würde dann wohl die Erfindungstätigkeit auf solche Bereiche beschränkt, die leicht geheim zu halten sind und weniger auf solche, die den größten Wert für die Gesellschaft haben.⁵⁵⁸ Die

⁵⁵⁵ Gibt der Erfinder die Information vor Vertragsschluss nicht preis, so wird dies die Zahlungsbereitschaft des Vertragspartners begrenzen. Zur Wertermittlung vgl. *Eger*, Patentrecht, in: Wissenschaftsethik, S. 82.

⁵⁵⁶ So der VDMA-Hauptgeschäftsführer Hannes Hesse in einem Interview. Vgl. SZ Online, Firmen verzichten auf Patente, 02.01.2008. Abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/artikel/785/150413/> (Stand: 16.08.2010).

⁵⁵⁷ Zu diesem Absatz vgl. *Ann/Grüneis*, Herausforderung Produktpiraterie, IM 24/2008, S. 62.

⁵⁵⁸ Es finden sich empirische Indikatoren dafür, dass Innovationen in Ländern mit Patentschutz wesentlich stärker diversifiziert sind, als in Ländern ohne Patentschutz. In letzteren konzentrieren sich die Innovationen auf solche Industriezweige, bei welchen alternative Mechanismen der Sicherung zu F&E-Investitionen (insbesondere

Geheimhaltung hindert in diesen Fällen die ökonomische Entwicklung. Leidtragende dieses Szenarios sind vor allem Schwellen- und Entwicklungsländer, die auf Technologietransfer angewiesen sind. Aus volkswirtschaftlicher Sicht wäre dies demnach keine befriedigende Alternative. Der Aspekt der „volkswirtschaftlichen Kosten der Geheimhaltung“ wird in der neueren Literatur allerdings noch wenig diskutiert. Auch hat die empirische Ökonomie größte Schwierigkeiten, entsprechende Kosten abzuschätzen.⁵⁵⁹

II. Defensivpublikation

Neben der Schutzrechtsanmeldung und der Geheimhaltung stellt auch die Defensivpublikation (das Defensive Publishing) grundsätzlich eine Alternative zur Schutzrechtsanmeldung dar. Defensives Publizieren ist das Veröffentlichen einer Erfindung mit dem Ziel, ihre patentrechtliche Neuheit zu zerstören. Auf diese Weise wird die Patentierung der Erfindung durch Dritte verhindert und ihre freie Benutzung dauerhaft gesichert.⁵⁶⁰ In den Vereinigten Staaten wird von Defensive Publishing in erheblichem Umfang Gebrauch gemacht.⁵⁶¹ Auch in Deutschland scheinen viele⁵⁶² und vor allem größere⁵⁶³ Unternehmen diese Vorgehensweise anzuwenden. Wie verbreitet das defensive Publizieren in Deutschland allerdings tatsächlich ist, war bislang empirisch weitgehend unerforscht. Seit kurzem existiert hierzu nun eine umfassende Studie. Diese ergab, dass Defensive Publishing in größerem

Geheimhaltung) zur Verfügung stehen. *Eger*, Patentrecht, in: Wissenschaftsethik, S. 81.

⁵⁵⁹ Dietmar Harhoff in seinem Vortrag „Innovationen und Wettbewerbspolitik – Ansätze zur ökonomischen Analyse des Patentsystems“ bei der Jubiläumsveranstaltung „30 Jahre Monopolkommission“ am 5. November 2004 in Berlin, S. 4. Vgl. Fn. 536.

⁵⁶⁰ Auch die Patentanmeldung kann gezielt als Defensivpublikation eingesetzt werden, da mit der Offenlegungsschrift Stand der Technik geschaffen wird. Das technische Schutzrecht wird in diesen Fällen meist nur in einem oder sehr wenigen Ländern angemeldet, da die eigentliche Schutzrechtserlangung gar nicht das Ziel ist. Auch der Prüfungs- beziehungsweise Rechercheantrag wird nicht gestellt. Die Schutzrechtsanmeldung ist nicht nur eine kostengünstige, sondern eine v.a. im Hinblick auf die Patentdatenbanken besonders sichere Möglichkeit defensiv zu Publizieren. Diese, von Unternehmen durchaus praktizierte aber weniger „klassische“ Form des Defensive Publishing, soll hier jedoch nicht näher vertieft werden. Weiterführend dazu *Pangerl*, Defensive Publishing, S. 84 ff.

⁵⁶¹ *Slopek*, Defensive Publishing, GRUR 2009, S. 816 ff. (816).

⁵⁶² *Geller*, Internationales Patentrecht, GRUR Int. 2004, S. 271 ff. (278).

⁵⁶³ Vgl. den Forschungsbericht „Die volkswirtschaftliche Bedeutung Geistigen Eigentums und dessen Schutzes mit Fokus auf den Mittelstand“, Februar 2009, S. 64 f. (Fn. 131) und *Pangerl*, Defensive Publishing, S. 232.

Umfang angewendet wird.⁵⁶⁴ Dennoch führt die Thematik in der Literatur noch ein Nischendasein.⁵⁶⁵

1. Gründe für eine Defensivpublikation

Zwar entsteht durch eine Defensivpublikation im Grunde genau die Situation, die man durch die Geheimhaltung wertvollen, an sich schutzfähigen Know-hows und dem Unterlassen einer Schutzrechtsanmeldung vermeiden will. Die Praxis zeigt jedoch, dass vor allem chinesische Imitatoren heute nicht mehr nur Produkte nachahmen, sondern ganz gezielt nach Schutzlücken suchen, Patente auf den eigenen Namen anmelden und diese Monopolrechte auch gegen den ursprünglichen Erfinder verwenden. Der Verzicht auf die Schutzrechtsanmeldung oder aber auch schon das Hinauszögern derselben birgt daher die Gefahr, dass Dritte dieses Versäumnis nachholen und die Invention in China schützen lassen. So mussten ausländische Unternehmen schon mehrfach feststellen, dass ihre Erfindungen bereits von Chinesen angemeldet wurden. Sie verletzten dann durch den Vertrieb ihrer eigenen Produkte das Schutzrecht des chinesischen Konkurrenten.⁵⁶⁶

Besonders gravierende Auswirkungen hatte dies im sogenannten Schneider-Fall.⁵⁶⁷ Im September 2007 verurteilte das Volksgericht der Mittelstufe in Wenzhou den französischen Elektronikkonzern Schneider Electric zur bislang höchsten Schadensersatzzahlung von 334,8 Millionen Renminbi (dies entspricht ca. 34 Millionen Euro), die je in einem Immaterialgüterrechtsstreit in China verhängt wurde.⁵⁶⁸ Das Gericht sah es

⁵⁶⁴ Die qualitative Studie ergab, dass rund 70% der befragten Unternehmen das Instrument Defensive Publishing verwenden. Das Ergebnis der quantitativen Analyse liegt bei 37%. Die Spanne des tatsächlichen Einsatzes reichte bei der qualitativen Analyse allerdings von "gelegentlich (<1%)" bis "35% aller Erfindungsmeldungen pro Jahr". In der quantitativen Analyse wurden z. T. noch deutlich höhere Prozentsätze angegeben. Vgl. *Pangerl*, Defensive Publishing, S. 155, 177 und 232.

⁵⁶⁵ *Slopek*, Defensive Publishing, GRUR 2009, S. 816 ff. (816) m. w. N.

⁵⁶⁶ Zur Anmeldung ausländischer Erfindungen durch Chinesen in China siehe z.B.: Der Spiegel, Das Prinzip Sandkorn, 27.08.2007, S. 18 ff. (24).

⁵⁶⁷ Eingehend zum Schneider-Fall vgl. Chan, The Impact of the G2000 and Schneider Cases for Foreign IP Right Owners Litigating in China, China Law & Practice, September 2008, S. 47 und Financial Times, China fines Schneider \$45m, 30.09.2007. Abruflbar unter: <http://www.chinalawandpractice.com/Article/2008076/Channel/9930/The-Impact-of-the-G2000-and-Schneider-Cases-for-Foreign-IP-Rights-Owners-Litigating-in-China.html> und <http://search.ft.com/ftArticle?queryText=%22Schneider+Electric+SA%22&page=3&id=070930000615&ct=0> (Stand: 16.08.2010).

⁵⁶⁸ Die Höhe des Schadensersatzes berechnete das Gericht nach den Einnahmen von Schneider, die das Unternehmen mit dem Verkauf der patentverletzenden Sicherungen in China erzielte.

als erwiesen an, dass Schneider Electric durch den Vertrieb verschiedener Miniatur-Sicherungen das seit 1997 bestehende Patent des chinesischen Elektronikherstellers und schärfsten Konkurrenten des französischen Unternehmens auf dem chinesischen Markt, der Chint Group Corporation mit Sitz in Wenzhou, verletzte, obwohl Schneider Electric die in den Sicherungen verwendete Technologie bereits seit Anfang der 90er Jahre in seinen eigenen Produkten verwendete. Beide Parteien einigten sich im April 2009 im Rahmen eines Vergleichs. Schneider Electric bezahlte danach an die Chint Group Corporation in etwa die Hälfte des ursprünglich zugesprochenen Schadensersatzes (157,5 Millionen Renminbi).⁵⁶⁹

2. Abwägung

Für das defensive Publizieren spricht vor allem der vergleichsweise geringe Kostenaufwand. Es ist daher gerade auch für solche Unternehmen interessant, die nicht die nötige Finanzstärke besitzen, Schutzrechte anzumelden, aufrechtzuerhalten und Schutzrechtsverletzungen zu verfolgen. Neben der Kosten-Nutzen-Abwägung der Patentierung kann jedoch auch das Interesse am Freihalten einer bestimmten Technologie für die Allgemeinheit der ausschlaggebende Beweggrund für eine Defensivpublikation sein, denn sie sichert sowohl die Handlungsfreiheit des Erfinders als auch die Dritter.

Die Entscheidung für eine Defensivpublikation will jedoch wohl überlegt sein. Sie wird von zahlreichen Faktoren beeinflusst, die hier nur ansatzweise dargestellt werden können.⁵⁷⁰ Der Erfinder wird eine Defensivpublikation regelmäßig dann nicht in Erwägung ziehen, wenn sich die beträchtlichen Mehrkosten für ein Patent sicher lohnen.⁵⁷¹ Er wird sich jedoch anders entscheiden, wenn eine exklusive Nutzung der Erfindung für sein Wirtschaften nicht erforderlich ist oder die Erfolgsaussichten der Patentierung sehr ungewiss sind. Lohnenswert ist es darüber hinaus, eine Defensivpublikation zu erwägen, wenn eine Erfindung aus Kostengründen in

⁵⁶⁹ Vgl. die Pressemitteilung von Reuters, Schneider settles 3-yr Chint patent suit, 15.04.2009. Abrufbar unter: <http://www.reuters.com/article/rbssIndustryMaterialsUtilitiesNews/idUSPEK19580320090415> (Stand: 16.08.2010).

⁵⁷⁰ Eingehend zu den einzelnen Faktoren vgl. *Pangerl*, Defensive Publishing, S. 192 ff.

⁵⁷¹ Gerade auch für KMU hat die Möglichkeit der Defensivpublikation deshalb an Bedeutung gewonnen. Vgl. den Forschungsbericht „Die volkswirtschaftliche Bedeutung Geistigen Eigentums und dessen Schutzes mit Fokus auf den Mittelstand“, Februar 2009, S. 76 ff. (Fn. 131).

den relevanten Märkten nicht geschützt oder das Schutzrecht nicht durchgesetzt werden kann und die Erfindung gleichzeitig nicht geheim zu halten ist.

Bedeutsam ist zudem, in welcher Wettbewerbssituation sich der Erfinder befindet: Der „verfolgende“ Wettbewerber im Patentwettlauf sieht sich unter Umständen dazu gezwungen, seine Forschungsergebnisse zu publizieren, um zu verhindern, dass der Mitbewerber Patentschutz erlangt und die eigenen Forschungsaufwendungen auf einmal weitestgehend nutzlos werden. Der „Führende“ im selben Patentwettlauf wird dagegen grundsätzlich die Erlangung eines Patents anstreben und nur in Einzelfällen die Defensivpublikation erwägen.⁵⁷² Entscheidend ist letztlich auch durch welches Medium⁵⁷³ eine Veröffentlichung garantiert ist, die sicher⁵⁷⁴ Stand der Technik schafft.

Durch eine Defensivpublikation werden allerdings nicht nur Dritte am Erwerb eines Patents gehindert. Auch dem Erfinder selbst bleibt dauerhaft die Möglichkeit verwehrt, ein Ausschließlichkeitsrecht an seiner Erfindung zu erhalten und sie damit zu verwerten. Defensive Publishing wird daher eher bei kleineren Weiterentwicklungen eingesetzt als bei bahnbrechenden Erfindungen.

Defensive Publishing kann letztlich kein Patent ersetzen. Es ist jedoch eine sinnvolle Ergänzung des klassischen Schutzrechtsmanagements, um die eigene Handlungsfreiheit zu sichern und in Einzelfällen die Inventions- und Innovationsbereitschaft von Erfindern und Unternehmen aufrecht zu erhalten.

⁵⁷² Ausführlich zu Defensive Publishing in unterschiedlichen Wettbewerbssituationen vgl. *Slopek*, Defensive Publishing, GRUR 2009, S. 816 ff. (818 ff.).

⁵⁷³ Zu den Kriterien bei der Auswahl des Publikationsmediums vgl. die Übersicht bei *Pangerl*, Defensive Publishing, S. 181. Die „klassischen Medien“ der Defensivpublikation stellt die Autorin auf S. 107 ff. dar.

⁵⁷⁴ Teilweise wird Defensive Publishing auch als „Disguised Publishing“ betrieben. Die Erfindung wird in diesen Fällen gezielt so veröffentlicht, dass sie für Dritte nur schwer auffindbar ist. In der Praxis überwiegt diese Form des Defensive Publishing allerdings nicht, da der Erfinder sich nicht sicher darauf verlassen kann, dass die Veröffentlichung bei einer Patentprüfung auch gefunden wird. Zudem steht zu befürchten, dass die Veröffentlichung nicht als Stand der Technik anerkannt wird. Weiterführend dazu *Pangerl*, Defensive Publishing, S. 115 ff.

5. Kapitel Zusammenfassung

Ziel der Arbeit war es zu ergründen, weshalb die bislang gegen Produktpiraterie ergriffenen Maßnahmen nicht den gewünschten Erfolg erzielt haben und zu untersuchen, ob möglicherweise wirksamere Handlungsalternativen bestehen. Im Fokus der Untersuchung stand die Produktpiraterie in der Volksrepublik China. Die Ergebnisse lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Zu Kapitel 1: Produktpiraterie

- Die Analyse des Begriffs Produktpiraterie führt zu dem Ergebnis, dass weder auf nationaler noch auf internationaler Ebene Einigkeit darüber herrscht, was unter dem Begriff Produktpiraterie zu verstehen ist. Mit Produktpiraterie werden die unterschiedlichsten Formen der Gewinnung und Nutzung einer fremden geistigen Leistung im Wettbewerb in Verbindung gebracht. Die von den einleitend genannten Akteuren getroffenen Maßnahmen gegen Produktpiraterie verfolgen deshalb unterschiedliche Ziele. Ihr Erfolg ist daher auf den kleinsten gemeinsamen Nenner beschränkt.
- Um die Wirksamkeit der nationalen und internationalen Anstrengungen zu verbessern, ist das Ziel der Maßnahmen zu präzisieren. Die Arbeit konzentriert sich zu diesem Zweck zunächst auf die auf nationaler wie internationaler Ebene überwiegende Ansicht, dass mit dem Begriff Produktpiraterie die Nachahmung von Produkten unter der Verletzung geistiger Eigentumsrechte sowie die Imitation sonderrechtlich *nicht* geschützter Produkte bezeichnet wird.
- Zwar hat sich die Nachahmung von Produkten in den vergangenen Jahrzehnten zu einem weltumspannenden Problem entwickelt und heute ein kritisches Ausmaß erreicht, das nur mit konzertierten, länderübergreifenden Anstrengungen bewältigt werden kann. Einheitlich werden international aber nur solche Produkte vor Nachahmung geschützt, für die geistige Eigentumsrechte bestehen. Die nationalen und internationalen Maßnahmen sollten sich daher auf schutzrechtsverletzende Produktnachahmungen konzentrieren.
- Zu beachten ist dabei, dass der Begriffsinhalt des Begriffs „Schutzrechtsverletzung“ seit dem Bestehen des Schutzrechtssystems einen Wandel durchlebt hat: Waren

ursprünglich nur vereinzelt auftretende Verletzungen Geistigen Eigentums umfasst, so schließt er heute auch die durch den globalisierten Handel, die fortgeschrittenen Informations- und Kommunikationstechnologien und die hochentwickelten Reproduktionsmethoden entstandene, besorgniserregende und häufig pauschal als „Produktpiraterie“ bezeichnete Dimension der Verletzung von Schutzrechten mit ein, die von Schutzrechtsinhabern kaum noch zu überblicken und vor allem nur selten zu unterbinden ist. Die Differenzierung zwischen den unterschiedlich schweren Formen der Schutzrechtsverletzung erfolgt auf Rechtsfolgenseite. Zur Unterscheidung bedarf es des irreführenden Begriffs „Produktpiraterie“ hingegen nicht.

Zu Kapitel 2: Verletzung geistiger Eigentumsrechte in China

- Bereits seit mehreren Jahren ist die VR China Hauptherkunftsland schutzrechtsverletzender Produktnachahmungen. Die rasante Entwicklung der Verletzung von Schutzrechten in der Volksrepublik in den letzten Jahrzehnten wurde von einem gleichsam starken realen Wirtschaftswachstum begleitet. Dies legt die Vermutung nahe, dass ein Zusammenhang zwischen der wirtschaftlichen Entwicklung des Landes und der Verletzung geistiger Eigentumsrechte besteht, welcher Aufschluss über die Ursachen der grassierenden Verletzung von Schutzrechten geben kann.
- Die verstärkte Nutzung von Inventionen ist, wie mehrere Länderbeispiele zeigen, in wirtschaftlichen Entwicklungsphasen kein neues Phänomen: Zahlreiche Industrienationen verweigerten in einem frühen Entwicklungsstadium vor allem fortgeschrittenen und im Ausland geschützten Inventionen möglichst lange den (umfassenden) Schutz durch geistige Eigentumsrechte, um ihre eigene wirtschaftliche Entwicklung durch Nutzung der Inventionen zu beschleunigen.
- Derzeit stehen Entwicklungsländern wie China jedoch kaum noch Möglichkeiten zur Verfügung, die Entwicklung des eigenen Landes durch einen nicht vorhandenen bzw. niedrigen materiellen Schutzstandard zu fördern, da die Einhaltung eines materiellen Mindestschutzniveaus für Geistiges Eigentum durch das TRIPS-Abkommen und seine Eingliederung in den Rahmen der WTO zur

Voraussetzung für die Teilnahme am Welthandel gemacht wurde. Gleichwohl zeigt gerade das Beispiel China, dass trotz der Implementierung verbindlicher völkerrechtlicher Schutzstandards die Möglichkeit besteht, fremde geistige Leistungen zur Förderung der eigenen wirtschaftlichen Entwicklung zu nutzen, indem Schutzrechte zwar materiell-rechtlich garantiert, jedoch nicht hinreichend effektiv durchgesetzt werden.

- Die Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte scheitert in China einerseits an einer regional unterschiedlich weit fortgeschrittenen und in Summe größtenteils noch ineffektiven Rechtspflege sowie andererseits an lokalem Protektionismus. Zwar könnte die chinesische Regierung die Effektivität der Rechtsdurchsetzung durch weitreichende institutionelle Eingriffe in das politische, gerichtliche und administrative System verbessern und so nicht nur dem anhaltenden handelspolitischen Druck der internationalen Wirtschaftsgemeinschaft nachkommen, sondern gleichzeitig auch die eigenen strategischen und wirtschaftspolitischen Zielsetzungen im Bereich bestimmter Kern- und Schlüsseltechnologien forcieren. Für China besteht derzeit jedoch keine Veranlassung die Durchsetzung von Schutzrechten wesentlich zu verbessern, da die Herstellung und der Vertrieb schutzrechtsverletzender Produkte in zahlreichen Regionen erheblich zum wirtschaftlichen Wachstum beitragen, der Massenkonsum von Markenwaren die Binnennachfrage aufrecht erhält und die wirtschaftliche Entwicklung der Volksrepublik nicht durch das Ausbleiben ausländischer Direktinvestitionen (als Konsequenz der Schwierigkeiten bei der Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte) massiver bedroht ist.

Zu Kapitel 3: Maßnahmen zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung

- Die Ineffektivität der Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte in der Volksrepublik hat zur Folge, dass schutzrechtsverletzende Produkte im Inland hergestellt und gehandelt werden sowie durch Export auch auf die internationalen Märkten gelangen. Am effektivsten wäre es daher, wenn die Rechtsdurchsetzung bereits in China verbessert würde. Zur wirksameren Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte im *Herkunftsland* China ist die internationale Wirtschaftsgemeinschaft allerdings auf die Mitwirkung der Volksrepublik angewiesen, da die

Rechtsdurchsetzung aufgrund des Territorialitätsprinzips den nationalen Verletzungsverfahren und dem jeweiligen Prozessrecht überlassen ist. Eine Notwendigkeit zu Handeln besteht für China jedoch wie dargestellt gerade nicht.

- Da das TRIPS-Abkommen nicht nur zur Festlegung materieller Mindeststandards, sondern auch zur Vorhaltung korrespondierender verfahrensrechtlicher Mittel verpflichtet, die dem Rechtsinhaber eine effektive Durchsetzung seiner Schutzrechte ermöglichen sollen, können WTO-Mitgliedsländer im Rahmen eines Streitbeilegungsverfahrens gegen eine unzureichende Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte in anderen Mitgliedsstaaten vorgehen. Wie in einem Streitbeilegungsverfahren zwischen den USA und China aus dem Jahr 2008 deutlich wurde, stimmen die chinesischen Bestimmungen zur Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte im Wesentlichen mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen aus dem TRIPS-Übereinkommen übereinstimmen.
- In China scheitern die Durchsetzungsbemühungen der Schutzrechtsinhaber jedoch weniger an den gesetzlichen Bestimmungen als an der ineffektiven Umsetzung derselben. Die Wirksamkeit der Umsetzung der Durchsetzungsbestimmungen wurde im bereits erwähnten Streitbeilegungsverfahren allerdings nicht überprüft, da dieser Kritikpunkt von den USA nicht angeführt wurde. Zwar ist es im Rahmen eines Streitbeilegungsverfahrens grundsätzlich möglich, die Effektivität der Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte überprüfen zu lassen. Jedoch gewährt das TRIPS-Abkommen den WTO-Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Durchsetzungs*bestimmungen* ganz bewusst sehr viele Freiräume, um den infrastrukturellen, wirtschaftlichen und politischen Unterschieden der einzelnen Nationen gerecht zu werden. Dies führt dazu, dass die Effektivität der Durchsetzungs*bemühungen* in China faktisch nicht überprüft werden kann, da der Nachweis der mangelhaften Umsetzung nicht gelingt. Aussicht auf Erfolg hätte ein Verfahren, das sich auf die Effektivität der Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte konzentriert, daher nur unter spezifizierten rechtlichen Rahmenbedingungen.

- Eine effektivere Durchsetzung der Rechte des Geistigen Eigentums in der Volksrepublik kann im Rahmen eines Streitbeilegungsverfahrens der WTO damit gegenwärtig nicht erzwungen werden. Dies hat zur Folge, dass auch weiterhin schutzrechtsverletzende Ware auf die internationalen Märkte gelangt und den Absatz der Originalprodukte in den *Zielstaaten* beeinträchtigt. Da sich die Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte auch in den Zielstaaten der schutzrechtsverletzenden Ware (die Arbeit konzentriert sich hier auf die Europäische Union und auf Deutschland) schwierig gestaltet, wurden von staatlicher Seite zahlreiche rechtliche Maßnahmen ergriffen, um die Situation für Schutzrechtsinhaber zu verbessern. Im Gegensatz zur Volksrepublik, in der die schutzrechtsverletzende Ware offen auf den nationalen Märkten gehandelt wird, besteht in den Zielstaaten der Imitate die Schwierigkeit, dass die schutzrechtsverletzende Ware erst entdeckt werden muss, damit die verbesserten rechtlichen Durchsetzungsmöglichkeiten zum Zuge kommen können. Am ehesten gelingt dies noch im Rahmen des Grenzbeschlagnahmeverfahrens. Die Dimension des globalen Handels macht ein effektives Vorgehen durch die Zollbehörden jedoch praktisch unmöglich.
- Die staatlichen Maßnahmen zur Verbesserung der Durchsetzung von Schutzrechten scheitern damit überwiegend an faktischen Grenzen. Schutzrechtsinhaber verfolgen deshalb häufig keinen rein juristischen Ansatz, sondern sie versuchen der Verletzung ihrer geistigen Eigentumsrechte verstärkt auch mit Hilfe ergänzender (wie zum Beispiel technischer oder betriebswirtschaftlicher) Maßnahmen vorzubeugen. Selbst in Kombination mit rechtlichen Maßnahmen im Rahmen einer langfristig angelegten Schutzstrategie, führen die Anstrengungen jedoch nicht zu nachhaltigen Erfolgen, solange die Nachfrage nach schutzrechtsverletzenden Produkten nicht eingedämmt werden kann. Unternehmen, Organisationen, Verbände und Regierungen bemühen sich daher verstärkt darum, auf die Gefahren und wirtschaftlichen Konsequenzen der schutzrechtsverletzenden Produktnachahmungen aufmerksam zu machen. Diese Bemühungen können natürlich allenfalls auf lange Sicht wirken.

Zu Kapitel 4: Alternative Maßnahmen

- Zur Verbesserung der Situation für Schutzrechtsinhaber wird von staatlicher Seite versucht, mit Hilfe von Freihandelsabkommen das bestehende immaterialgüterrechtliche Schutzsystem im Bereich der Rechtsdurchsetzung weiter auszubauen. Da die Wirksamkeit derartiger Abkommen auf die jeweiligen Vertragsstaaten beschränkt ist, bemühen sich zahlreiche Länder um den Abschluss eines internationalen Abkommens zur verbesserten Durchsetzung Geistigen Eigentums. Mit Hilfe des sogenannten Anti-Counterfeiting Trade Agreements (ACTA) sollen die immaterialgüterrechtlichen Durchsetzungsbestimmungen im Vergleich zum TRIPS-Abkommen angehoben werden. Da die Inhalte des Abkommens bislang nicht im Detail bekannt sind, kann seine potentielle Wirksamkeit zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht umfassend beurteilt werden. Die wenigen bislang an die Öffentlichkeit gelangten Details zu den Verhandlungen können jedoch Grundtendenzen aufzeigen.
- Im Vergleich zum TRIPS-Abkommen werden die Durchsetzungsbestimmungen im Rahmen des ACTA-Abkommens vermutlich deutlich verschärft. Sie können deshalb grundsätzlich zu einer effektiveren Durchsetzung von Immaterialgüterrechten beitragen, da den Vertragsstaaten wesentlich weniger Freiräume bei der Umsetzung der Durchsetzungsbestimmungen gewährt werden. Selbst spezifizierte Durchsetzungsvorgaben sind jedoch nur erfolgreich, wenn ihre Erfüllung durch ein Kontrollorgan sichergestellt werden kann. Unklar ist allerdings, wer die Überprüfung vollzieht, da das ACTA-Abkommen nicht im Rahmen der WTO verhandelt wird und deshalb das Streitbeilegungssystem der WTO nicht zur Verfügung steht. Es müsste daher ein zusätzliches Kontrollorgan geschaffen werden. Auch ist unklar, in wie weit sich verwertbare Beweise für die mangelhafte Rechtsdurchsetzung in einem Land finden lassen.
- Werden die genannten Hindernisse überwunden, so kann das ACTA-Abkommen zwar in der Theorie zur effektiven Rechtsdurchsetzung in den *Zielstaaten* schutzrechtsverletzender Produkte beitragen. Letztlich wird die Durchsetzung von Schutzrechten jedoch auch weiterhin an der Dimension des globalen Handels scheitern. Ebenso

wenig verbessert sich die Situation für Schutzrechtsinhaber in den Haupt-*Herkunftsländern* schutzrechtsverletzender Ware, wie zum Beispiel der VR China, da sie gegenwärtig nicht an den Verhandlungen zum ACTA-Abkommen teilnehmen. Zwar sollen auch die Herkunftsländer schutzrechtsverletzender Produkte sukzessive in den Kreis der ACTA Vertragsstaaten integriert werden, es ist jedoch zu bezweifeln, dass sie dem Abkommen freiwillig beitreten werden, da ihnen damit die Möglichkeit genommen würde, fremde Inventionen durch eine nicht hinreichend effektive Durchsetzung von Schutzrechten zur wirtschaftlichen Entwicklung zu nutzen.

- Entwicklungsländer werden daher alles daran setzen, dem internationalen Druck möglichst lange Stand zu halten und dem ACTA-Abkommen nicht oder zumindest nicht in einem frühen eigenen wirtschaftlichen Entwicklungsstadium beizutreten. Gerade im Hinblick auf die VR China ist unwahrscheinlich, dass das Land in naher Zukunft aus eigenem Antrieb dem Abkommen beitreten wird. Auch besitzt die Volksrepublik genügend politisches und wirtschaftliches Potential, um ACTA zu einem späteren Zeitpunkt zu boykottieren. Zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung im Hauptherkunftsland schutzrechtsverletzender Produkte tragen die deutlich verschärften Durchsetzungsbestimmungen des TRIPS-Abkommens daher vermutlich nicht bei.
- Da auch durch das ACTA-Abkommen in naher Zukunft wohl keine Verbesserung der Durchsetzungsmöglichkeiten in den Herkunfts- und Zielstaaten schutzrechtsverletzender Ware erreicht werden kann, ist fraglich, ob zukünftig auf die Anmeldung von Schutzrechten verzichtet werden sollte, denn letztlich entscheidet die Durchsetzbarkeit über den Nutzen des Rechts.
- In Betracht zu ziehen ist der Verzicht auf die Anmeldung von Schutzrechten zunächst nur als Alternative zu den technischen Schutzrechten und hier insbesondere zum Patent. So haben nach Medienberichten bereits einige Unternehmen auf die grassierenden Schutzrechtsverletzungen in China mit dem Verzicht auf den Patentschutz reagiert. Neben den Schwierigkeiten bei der Rechtsdurchsetzung wird als Grund für den Verzicht auch die Verpflichtung zur Offenlegung der Patentanmeldung angegeben. Die

Geheimhaltung einer Erfindung stellt jedoch nur bedingt eine alternative Schutzmöglichkeit dar. Neben der latenten Gefahr des Offenkundigwerdens der Erfindung und den Schwierigkeiten unter den modernen technischen Möglichkeiten Informationen dauerhaft geheimzuhalten, bietet sich die Geheimhaltung nicht für alle Arten von Erfindungen, sondern vornehmlich für Verfahren an. Auch erweist sich die Verwertung von geheim gehaltenen Erfindungen als deutlich schwieriger. Zudem ist die Geheimhaltung einer Erfindung nur dann eine sinnvolle Alternative zum Patentschutz, wenn weltweit auf die Patentanmeldung verzichtet wird. Dies birgt allerdings die Gefahr, dass auch die Nachahmung der Erfindung weltweit zulässig ist.

- Neben der Schutzrechtsanmeldung und der Geheimhaltung stellt auch die Defensivpublikation eine Alternative zur Schutzrechtsanmeldung dar. Die Praxis zeigt, dass Imitatoren heute nicht mehr nur Produkte nachahmen, sondern ganz gezielt Schutzlücken ausnutzen, Patente auf den eigenen Namen anmelden und das Patent auch gegen den ursprünglichen Erfinder durchsetzen. Eine Defensivpublikation kann dieses Vorgehen verhindern, da sie Stand der Technik schafft. Sie sollte beispielsweise erwogen werden, wenn die Patentierung nicht nötig, zu teuer oder die Durchsetzung des Schutzrechts nicht möglich ist und die Erfindung gleichzeitig nicht oder nur schwer geheim gehalten werden kann, da es sich zum Beispiel um eine Produkt und nicht um ein Verfahren handelt. Allerdings gilt es zu berücksichtigen, dass durch eine Defensivpublikation nicht nur Dritte am Erwerb des Patents gehindert werden, sondern auch der Erfinder. Ihm bleibt dauerhaft die Möglichkeit verwehrt seine Erfindung in Form eines Monopolrechts zu verwerten.

Abkürzungen

| | |
|-----------|--|
| % | Prozent |
| a. a. O. | am angeführten Ort |
| Abl. | Amtsblatt |
| ACTA | Anti-Counterfeiting Trade Agreement |
| AIC | Administration for Industry and Commerce |
| AIPPI | Association Internationale pour la Protection de la Propriété Intellectuelle |
| APM | Aktionskreis gegen Produkt- und Markenpiraterie e.V. |
| BASCAP | Business Action to Stop Counterfeiting and Piracy |
| BB | Betriebsberater |
| BDI | Bundesverband der Deutschen Industrie |
| Bfai | Bundesagentur für Außenwirtschaft |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BITKOM | Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. |
| BGBI. | Bundesgesetzblatt |
| BKA | Bundeskriminalamt |
| ca. | circa |
| CAD | Computer Aided Design |
| CEPR | Centre for Economic and Policy Research |
| CIB | Counterfeiting Intelligence Bureau |
| CR | Computer und Recht |
| CRi | Computer und Recht International |
| ders. | derselbe |
| DIHK | Deutscher Industrie- und Handelskammertag |
| DPMA | Deutsches Patent- und Markenamt |
| DRiZ | Deutsche Richterzeitung |
| DSB | Dispute Settlement Body |
| DSU | Dispute Settlement Understanding |
| et al. | et alteri |
| etc. | et cetera |
| e. V. | eingetragener Verein |
| F&E | Forschung- und Entwicklung |
| f. / ff. | folgende (Seite) / fortfolgende (Seiten) |
| FAZ | Frankfurter Allgemeine Zeitung |
| Fn. | Fußnote |
| FTD | Financial Times Deutschland |
| GATT | General Agreement on Tariffs and Trade |
| GebrMG | Gebrauchsmustergesetz |
| GeschmMG | Geschmacksmustergesetz |
| GRUR | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht |
| GRUR Int. | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil |

| | |
|-----------|--|
| GÜHS | Genfer Konvention über die Hohe See |
| ICC | International Chamber of Commerce |
| i. e. S. | im engeren Sinne |
| IIC | International Review of Intellectual Property and Competition Law |
| IM | Industrie Management |
| IMB | International Maritime Bureau |
| INTERPOL | International Criminal Police Organization |
| IP | Intellectual Property |
| IPTOC | Intellectual Property Theft and Organised Crime research project |
| i. V. m. | in Verbindung mit |
| JZ | JuristenZeitung |
| K&R | Kommunikation und Recht |
| KEStudies | Knowledge Ecology Studies |
| KMU | Kleine und Mittlere Unternehmen |
| KOM | Kommission der Europäischen Gemeinschaften |
| KUR | Kunst und Recht |
| MA | Markenartikel |
| MarkenG | Markengesetz |
| Mitt. | Mitteilungen der deutschen Patentanwälte |
| m. w. N. | mit weiteren Nachweisen |
| N° | Nummer |
| NCA | National Copyright Administration |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| NZZ | Neue Züricher Zeitung |
| OECD | Organisation for Economic Co-Operation and Development |
| PAB | Patent Administration Bureau |
| PatG | Patentgesetz |
| PPVO | Produktpiraterieverordnung |
| PrPG | Produktpirateriegesetz |
| PVÜ | Pariser Verbandsübereinkunft |
| RMB | Renminbi |
| S. | Seite |
| s. a. | siehe auch |
| sog. | so genannte(n/r) |
| STOP | Strategy for Targeting Organized Piracy |
| SZ | Süddeutsche Zeitung |
| TRIPS | Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights |
| u. a. | unter anderem |
| UrhG | Urheberrechtsgesetz |

| | |
|-------|--|
| US | United States |
| USA | United States of America |
| USTR | United States Trade Representative |
| UWG | Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb |
| | |
| VBP | Vereinigung zur Bekämpfung von Produktpiraterie e.V. |
| VDI | Verein Deutscher Ingenieure |
| VDMA | Verband Deutscher Maschinen- und Anlagenbau e.V. |
| vgl. | vergleiche |
| VR | Volksrepublik |
| | |
| WCO | World Customs Organization |
| WHO | World Health Organisation |
| WIPO | World Intellectual Property Organization |
| WRP | Wettbewerb in Recht und Praxis |
| WTO | World Trade Association |
| | |
| z. B. | zum Beispiel |
| z. T. | zum Teil |
| ZUM | Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht |

Literatur

Ahrens, Hans-Jürgen:

Brauchen wir einen Allgemeinen Teil der Rechte des Geistigen Eigentums?, GRUR 2006, S. 617-624.

Albach, Horst:

Innovatorischer und imitatorischer Wettbewerb in der Wirtschaftsordnung, in: Neuorientierung des Wettbewerbsschutzes, herausgegeben vom Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V., Köln 1986, S. 95-106 (zit. *Albach*, Imitatorischer Wettbewerb, in: Neuorientierung Wettbewerbsschutz).

Alford, William:

To steal a book is an elegant offense, Stanford 1995 (zit. *Alford*, To steal a book).

Amschewitz, Dennis:

Die Durchsetzungsrichtlinie und ihre Umsetzung in Deutsches Recht, Tübingen 2008 (zit. *Amschewitz*, Durchsetzungsrichtlinie).

Ann, Christoph:

Produktpiraterie – Bloße Verletzung individueller Rechte oder Bedrohung des Systems gewerblicher Schutzrechte insgesamt?, in: Gewerbliche Schutzrechte und ihre Durchsetzung, Festschrift für Tilman Schilling zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Marcus Grosch und Eike Ullmann, Köln 2007, S. 1-11 (zit. *Ann*, Produktpiraterie, in: Festschrift Schilling).

Ann, Christoph:

Know-how – Stiefkind des Geistigen Eigentums?, GRUR 2007, S. 39-43.

Ann, Christoph:

Die idealistische Wurzel des Schutzes geistiger Leistungen, GRUR Int. 2004, S. 597-603.

Ann, Christoph / *Grüneis*, Barbara:

Herausforderung Produktpiraterie – Sind Patente heute noch sinnvoll oder stärken sie nur die Piraten?, IM 24/2008, S. 59-62.

Asendorf, Claus Dietrich:

Gesetz zur Stärkung des Schutzes geistigen Eigentums und zur Bekämpfung der Produktpiraterie, NJW 1990, S. 1283-1286.

Aurich, Jan / *Bohr*, Christian / *Kranz*, Jan-Niko:

Ersatzteile vor Produktpiraterie schützen, IM 24/2008, S. 39-42.

Basalla, George:

The Evolution of Technology, Cambridge 1988 (zit. *Basalla*, Technology Evolution).

Beater, Axel:

Nahahmen im Wettbewerb, Tübingen 1995 (zit. *Beater*, Nachahmen Wettbewerb).

Beater, Axel:

Unlauterer Wettbewerb, München 2002 (zit. *Beater*, Unlauterer Wettbewerb).

Beier, Friedrich-Karl:

Wettbewerbsfreiheit und Patentschutz, GRUR 1978, S. 123-132.

Beier, Friedrich-Karl:

Die Zukunft des geistigen Eigentums in Europa – Gedanken zu Entwicklung des Patent-, Gebrauchsmuster und Geschmacksmusterrechts, GRUR Int. 1990, S. 675-684.

Beier, Friedrich-Karl / Kunz, Hans Peter:

Die Bedeutung des Patentrechts für den Transfer von Technologie in Entwicklungsländer, GRUR Int. 1972, S. 385-396.

Beier, Joachim / Boßert, Peter / Brouër, Dirk / Busse, Rido / Cremer, Richard / Meister, Herbert / Möller, Doris / Müller, Dietrich / von Mühlendahl, Alexander:

Produktpiraterie, 1991 (zit. *Beier et al.*, Produktpiraterie).

Blume, Andreas:

China Analysis No. 53, Produkt- und Markenpiraterie in der VR China: Phänomen, Art und Ausmaß, Trier 2006 (zit. *Blume*, Produktpiraterie Ausmaß).

Blume, Andreas:

China Analysis No. 54, Produkt- und Markenpiraterie in der VR China: Recht und Rechtsdurchsetzung, Trier 2006 (zit. *Blume*, Produktpiraterie Recht).

Blume, Andreas:

China Analysis No. 55, Produkt- und Markenpiraterie in der VR China: Politische Akteure, Widerstände, Ausblick, Trier 2006 (zit. *Blume*, Produktpiraterie Akteure).

Blumenthal, Corsin:

Der strafrechtliche Schutz der Marke unter besonderer Berücksichtigung der Piraterie, Bern 2002 (zit. *Blumenthal*, Marke Piraterie).

Bodenhausen, Georg:

Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums,
Köln 1971 (zit. *Bodenhausen, PVÜ*).

Böni, Franz:

Piraterie und Marktwirtschaft, Konstanz 2008 (zit. *Böni, Piraterie*).

Braun, Edwin:

Produktpiraterie, München 1993 (zit. *Braun, Produktpiraterie*).

Braun, Thorsten:

Schutzlücken-Piraterie: der Schutz ausländischer ausübender Künstler in
Deutschland vor einem Vertrieb von bootlegs, Baden-Baden 1995 (zit.
Braun, Schutzlücken-Piraterie).

Brockhoff, Klaus:

Forschung und Entwicklung, 5. Auflage, München 1999 (zit. *Brockhoff, F&E*).

Burkart, Stefan:

Globalisierung und gewerblicher Rechtsschutz – Produktpiraterie und
Schutzrechtsmanagement am Beispiel China, 2. Auflage, Bremen 2008 (zit.
Burkart, Produktpiraterie China).

Busche, Jan / Stoll, Peter-Tobias (Hrsg.):

TRIPs, Köln 2007 (zit. *Busche/Stoll/Bearbeiter, TRIPs*).

Bußmann, Joachim:

Patentrecht und Marktwirtschaft, GRUR 1977, S. 121-135.

Chi, Shaojie:

Border Enforcement of Intellectual Property Rights in China, IIC 1996,
S. 490-494.

Cordes, Christoph:

Die Grenzbeschlagnahme in Patentsachen, GRUR 2007, S. 483-490.

Cremer, Richard:

Die Bekämpfung der Produktpiraterie in der Praxis, Mitt. 1992, S. 153-180.

Cruesemann, Eduard:

Das englische Warenzeichengesetz von 1887, Berlin 1888 (zit. *Cruesemann,*
Warenzeichengesetz England).

David, Raffaella:

Neue Dienstleistungen – schwer zu schützen und leicht zu imitieren?, Mitt.
2009, S. 113-119.

Dichtl, Erwin / Eggers, Walter:

Marke- und Markenartikel als Instrumente des Wettbewerbs, München 1992
(zit. *Dichtl/Eggers, Marke Wettbewerb*).

Dreier, Thomas:

Die Entwicklung des Schutzes integrierter Halbleiterschaltkreise, GRUR Int.
1987, S. 645-663.

Dreier, Thomas:

TRIPS und die Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums, GRUR
Int. 1996, 205-218.

Eger, Thomas:

Patentrecht - Fluch oder Segen? – Einige Anmerkungen zu einem ewig
jungem Thema aus ökonomischer Sicht, in: Wissenschaftsethik - Ethik in den
Wissenschaften, herausgegeben von Hans Nutzinger, Marburg 2006,
S. 79-110 (zit. *Eger, Patentrecht*, in: Wissenschaftsethik).

Eger, Thomas / Weise, Peter:

Innovation, Imitation und Patentrecht im Systemvergleich, in: Wissenschaft,
Technik und Arbeit: Innovationen in Ost und West, herausgegeben von
Hans-Erich Gramatzki, Fred Klinger, Hans G. Nutzinger, Kassel 1990,
S. 107-133 (zit. *Eger/Weise, Patentrecht Imitationen*, in: Innovationen).

Ellard, David:

The EU's IPR Enforcement Directive, CRi 2004, S. 65-71.

Engelhard, Hans:

Produktpiraterie: Nachahmungsfreiheit und Innovationsschutz, DRiZ 1985,
S. 215-217.

Ensthaler, Jürgen:

Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 3. Auflage, Berlin 2009 (zit.
Ensthaler, Gewerblicher Rechtsschutz).

Ensthaler, Jürgen:

Produktpirateriegesetz, GRUR 1992, 273-282.

Federle, Christina:

Biopiraterie und Patentrecht, Baden-Baden 2005 (zit. *Federle, Biopiraterie*).

Fezer, Karl-Heinz:

Markenrecht, 3. Auflage, München 2001 (zit. *Fezer, Markenrecht*).

Fezer, Karl-Heinz (Hrsg.):

Lauterkeitsrecht, Band 1: §§ 1-4 UWG, München 2005 (zit. *Fezer/Bearbeiter,*
Lauterkeitsrecht).

Fezer, Karl-Heinz:

Leistungsschutz im Wettbewerbsrecht, WRP 1993, S. 63-73.

Fink, Carsten / Maskus, Keith:

Intellectual Property and Development, Washington 2005 (zit. *Fink/Maskus, IP and Development*).

Fuchs, Hans Joachim (Hrsg.):

Piraten, Fälscher und Kopierer – Strategien und Instrumente zum Schutz geistigen Eigentums in der Volksrepublik China, Wiesbaden 2006 (zit. *Fuchs, Piraten Kopierer*).

Gaul, Alexander:

Die Durchsetzung markenrechtlicher Ansprüche gegenüber Produktpiraten, Frankfurt am Main, 2003 (zit. *Gaul, Durchsetzung Produktpiraten*).

Ganea, Peter:

TRIPS als Innovationsmotor?, in: Geistiges Eigentum und Innovation, herausgegeben von Martin Eifert und Wolfgang Hoffmann-Riem, Berlin 2008, S. 107-119 (zit. *Ganea, TRIPS als Innovationsmotor, in: Geistiges Eigentum und Innovation*).

Ganea, Peter:

Can China be forced to enforce IP Rights?, in: Patents and Technological Progress in a Globalized World, Liber Amicorum Joseph Straus, herausgegeben von Wolrad Prinz zu Waldeck und Pyrmont, Martin Adelman, Robert Brauneis, Josef Drexl und Ralph Nack, Berlin 2009, S. 379-390 (zit. *Ganea, China Enforcement, in: Liber Amicorum Straus*).

Ganea, Peter:

Aktuelle Informationen – Internationales: WTO-Panel veröffentlicht Ergebnisse zum Streit zwischen den USA und China wegen Defiziten im chinesischen Immaterialgüterrechtsschutz, GRUR Int. 2009, S. 274-275.

Ganea, Peter / Haijun, Jin:

China, in: Intellectual Property in Asia, herausgegeben von Paul Goldstein und Joseph Straus, Berlin 2009, S. 17-54 (zit. *Ganea/Haijun, China, in: IP in Asia*).

Ganea, Peter / Nagaoka, Sadao:

Japan, in: Intellectual Property in Asia, herausgegeben von Paul Goldstein und Joseph Straus, Berlin 2009, S. 129-154 (zit. *Ganea/Nagaoka, Japan, in: IP in Asia*).

Geller, Paul:

Eine Utopie des internationalen Patentrechts?, GRUR Int. 2004, S. 271-278.

- Gloy, Wolfgang / Loschelder, Martin* (Hrsg.):
Handbuch des Wettbewerbsrechts, 4. Auflage, München 2010 (zit. *Gloy/Loschelder/Bearbeiter*, Handbuch Wettbewerbsrecht).
- Götting, Horst-Peter*:
Gewerblicher Rechtsschutz, 8. Auflage, München 2007 (zit. *Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz).
- Götting, Horst-Peter*:
Der Begriff des Geistigen Eigentums, GRUR 2006, S. 353-358.
- Götting, Horst-Peter*:
Biodiversität und Patentrecht, GRUR Int. 2004, S. 731-736.
- Götting, Horst-Peter*:
Ergänzender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz – Ein Überblick, Mitt. 2005, S. 12-20.
- Guo, Shoukang*:
TRIPs and Intellectual Property Protection in the People's Republic of China, GRUR Int. 1996, S. 292-295.
- Guo, Shoukang*:
Entwicklung und Perspektiven des geistigen Eigentums in der Volksrepublik China, GRUR Int. 1997, S. 949-958.
- Haas, Franz-Werner*:
Das TRIPs-Abkommen: Geistiges Eigentum als Gegenstand des Welthandelsrechts, Baden-Baden 2004 (zit. *Haas*, TRIPs Welthandelsrecht).
- Häußer, Erich*:
Gewerblicher Rechtsschutz in der Volksrepublik China – berechtigte Erwartungen, Mitt. 1986, S. 133-141.
- Hansen, Haucke / Wolff-Rojczyk, Oliver*:
Effiziente Schadenswiedergutmachung für geschädigte Unternehmen der Marken- und Produktpiraterie, GRUR 2007, S. 468-475.
- Harhoff, Dietmar*:
Innovation, Entrepreneurship und Demographie; Perspektiven der Wirtschaftspolitik 2008/9 (Special Issue), S. 46-72 (zit. *Harhoff*, Perspektiven Wirtschaftspolitik).
- Harte-Bavendamm, Henning* (Hrsg.):
Handbuch der Markenpiraterie in Europa, München 2000 (zit. *Harte-Bavendamm/Bearbeiter*, Handbuch Markenpiraterie).

Harte-Bavendamm, Henning / Henning-Bodewig, Frauke (Hrsg.):

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Auflage, München 2009 (zit. Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Bearbeiter*, UWG).

Hartisch, Andreas / Nacken, Gert:

Produktpiraterie bei ungeprüften Schutzrechten, WRP 1989, S. 1-5.

Harvard Businessmanager:

China: Das Land verstehen – Verhandlungen führen – Konkurrenten Abwehren, Frankfurt am Main 2005 (zit. *Harvard Businessmanager*, China).

Hauschildt, Jürgen / Salomo, Sören:

Innovationsmanagement, 4. Auflage, München 2007 (zit. *Hauschildt/Salomo*, Innovationsmanagement).

Heath, Christopher:

Bedeutet TRIPS wirklich eine Schlechterstellung von Entwicklungsländern?, GRUR Int. 1996, S. 1169-1185.

Heath, Christopher:

Gewerblicher Rechtsschutz in Südostasien, GRUR Int. 1997, S. 187-206.

Hees, Volker:

Zurückgewinnungshilfe zu Gunsten der Opfer von Marken- und Produktpiraterie, GRUR 2002, S. 1037-1040.

Herdegen, Matthias:

Internationales Wirtschaftsrecht, 8. Auflage, München 2009 (zit. *Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht).

Heuser, Robert:

Einführung in die chinesische Rechtskultur, Hamburg 1999 (zit. *Heuser*, Chinesische Rechtskultur).

Hilf, Meinhard / Oeter, Stefan (Hrsg.):

WTO-Recht, Baden-Baden 2005 (zit. *Hilf/Oeter/Bearbeiter*, WTO-Recht).

Hilty, Reto / Jaeger, Thomas / Kitz, Volker:

Geistiges Eigentum – Herausforderung Durchsetzung, Heidelberg 2008 (zit. *Hilty/Jaeger/Kitz*, Geistiges Eigentum Durchsetzung).

Hintze, Marco:

Die Problematik der chinesischen Produkt- und Markenpiraterie, Saarbrücken 2007 (zit. *Hintze*, Produktpiraterie China).

Hoeren, Thomas:

Charles Dickens und das internationale Urheberrecht, GRUR Int. 1993, S. 195-199.

Hoffmann-Riem, Wolfgang:

Immaterialgüterrecht als Referenzgebiet innovationserheblichen Rechts, in: Geistiges Eigentum und Innovation, herausgegeben von Martin Eifert und Wolfgang Hoffmann-Riem, Berlin 2008, S. 15-41 (zit. *Hoffmann-Riem*, Immaterialgüterrecht und Innovation, in: Geistiges Eigentum und Innovation).

Hoppmann, Erich:

Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität, in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, Band 179, Stuttgart 1966, S. 286-323 (zit. Hoppmann, Wettbewerbsintensität, in: Nationalökonomie).

Jahn, Friedrich-Adolf:

Moderne Piraten – Produktpiraterie und ihre Bekämpfung, WRP 1988, S. 413-417.

Jenny, Andreas:

Die Nachahmungsfreiheit, Zürich 1997 (zit. *Jenny*, Nachahmungsfreiheit).

Käckenhoff, Uwe:

Markenpiraterie, MA 1-2/2005, S. 10-13.

Käckenhoff, Uwe:

Chinas Rubel rollt auf Autoreifen, MA 1-2/2005, S. 26-27.

Klopschinski, Simon:

Aktuelle Informationen – Internationales: Beginn offizieller Verhandlungen über ein Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA), GRUR Int. 2008, S. 783.

Klopschinski, Simon:

Aktuelle Informationen – Internationales: Ergebnisse der bisherigen Verhandlungsrunden über ein Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA), GRUR Int. 2009, S. 365.

Klopschinski, Simon:

Aktuelle Informationen – Internationales: China teilt der WTO im Anschluss an den Panel-Report vom 26.1.2009 mit, dass es gegen Produktpiraterie vorgehen will, GRUR Int. 2009, S. 548-549.

Klopschinski, Simon:

Aktuelle Informationen – Internationales: Europäische Kommission, U.S. Handelsbeauftragter und japanisches Außenministerium veröffentlichen Details zu den Verhandlungen über ein Anti-Counterfeiting-Trade Agreement (ACTA), GRUR Int. 2009, S. 549-550.

Klopschinski, Simon:

Aktuelle Informationen – Neuere Entwicklungen bei den Verhandlungen zum Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA), GRUR Int. 2010, S. 457.

Klopschinski, Simon / Prinz zu Waldeck und Pyrmont, Wolrad:

Der Schutz geistigen Eigentums in einer globalisierten Welt – Bericht über ein internationales Fachhearing der Bayerischen Staatsregierung und des Munich Intellectual Property Law Center (MPILC) am 29. Februar 2008 in München, GRUR Int. 2008, S. 393-406.

Klunker, Nina-Sophie:

Der Einfluss des WTO TRIPS-Übereinkommens auf die wirtschaftliche Entwicklung asiatischer Länder – das fünfte IP Forum in Shanghai, 26. bis 27. Oktober 2007, GRUR Int. 2008, S. 209-217.

Knaak, Roland:

Die nationalen und internationalen Arbeiten gegen die Markenpiraterie, GRUR Int. 1988, S. 1-11.

Knaak, Roland / Tilmann, Winfried:

Maßnahmen gegen Nachahmung von Markenwaren, GRUR Int. 1986, S. 336-338.

Knieps, Günter:

Wettbewerbsökonomie, 3. Auflage, Berlin 2008 (zit. *Knieps, Wettbewerbsökonomie*).

Köhler, Helmut:

Das Verhältnis des Wettbewerbsrechts zum Recht des geistigen Eigentums, GRUR 2007, S. 548-554.

Köhler, Helmut:

Der ergänzende Leistungsschutz: Plädoyer für eine gesetzliche Regelung, WRP 1999, S. 1075-1082.

Köhler, Helmut / Bornkamm, Joachim (Hrsg.):

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 28. Auflage, München 2010 (zit. *Köhler/Bornkamm/Bearbeiter, UWG*).

Kraßer, Rudolf:

Patentrecht, 6. Auflage, München 2009 (zit. *Kraßer, Patentrecht*).

Kretschmer, Friedrich:

Aktuelle Berichte – Gesetz gegen Produktpiraterie: Referentenentwurf, GRUR 1988, S. 362-363.

Kretschmer, Friedrich:

Aktuelle Berichte – Bundestag: Produktpiraterie, GRUR 1998, S. 545-546.

Kretschmer, Friedrich:

Aktuelle Berichte – GRUR: Stellungnahme zum Grünbuch über Produktpiraterie, GRUR 1999, S. 318-319.

Kröger, Bernd / Bausch, Thorsten:

Produktpiraterie im Patentwesen, GRUR 1997, S. 321-328.

Kur, Annette:

The TRIPS Agreement Ten Years Later, GRUR Int. 2004, S. 837-839.

Kurz, Peter:

Weltgeschichte des Erfindungsschutzes, München 2000 (zit. Weltgeschichte Erfindungsschutz).

Lehmann, Michael:

Eigentum, geistiges Eigentum, gewerbliche Schutzrechte – Property Rights als Wettbewerbsbeschränkungen zur Förderung des Wettbewerbs, GRUR Int. 1983, S. 356-362.

Lehmann, Michael:

The Theory of Property Rights and the Protection of Intellectual and Industrial Property, IIC 1985, S. 525-540.

Levin, Marianne:

Was bedeutet „counterfeiting“?, GRUR Int. 1987, S. 18-27.

Machlup, Fritz:

Patentwesen, in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, 42. Lieferung, Tübingen 1962, S. 231-252 (zit. *Machlup*, Patentwesen, in: Sozialwissenschaften).

Machlup, Fritz:

Die wirtschaftlichen Grundlagen des Patentrechts, GRUR Int. 1961, S. 373-390, 473-482, 524-537.

Malik, Haroun / Schindler, Samuel:

Fälschungssichere Verpackungen, Heidelberg 2005 (zit. *Malik/Schindler*, Fälschungssichere Verpackungen).

Maske, Barbara:

Markenpiraterie und Strafrecht in Deutschland, der Republik Polen und der russischen Föderation, Frankfurt am Main, 2004 (zit. *Maske*, Markenpiraterie).

Maul, Karl-Heinz / Maul, Corinna:

Produktpiraterie im Pharma-Bereich – Sanktionsbedarf und Schadensqualifizierung, GRUR 1999, S. 1059-1066.

Mayer, Hans-Peter / Linnenborn, Oliver:

Kein sicherer Hafen: Bekämpfung der Produktpiraterie in der Europäischen Union, K&R 2003, S. 313-322.

Meister, Herbert:

Leistungsschutz und Produktpiraterie, Frankfurt am Main, 1990 (zit. *Meister, Leistungsschutz*).

Meister, Herbert:

Produktpiraterie (Teil I bis III), MA 1987 S. 157-160 und S. 420-425; 1989, S. 433-436, S. 574-576 und S. 634-636.

Meister, Herbert:

Praxis und Dogmatik im Kampf gegen Produktpiraterie, MA 1988, S. 447-453.

Meister, Herbert:

Das Phänomen Produktpiraterie, WRP 1989, S. 559-567.

Meister, Herbert:

Aspekte der Produktpiraterie, WRP 1991, S. 137-143.

Meiwald, Thomas / Petermann, Markus / Lindemann, Udo:

Erstellung eines Schutzkonzepts zur Vermeidung von Produktpiraterie, IM 2008, S.43-46.

Meyer, Marcus:

Marken- und Produktpiraterie in der VR China, Hamburg 2008 (zit. *Meyer, Produktpiraterie China*).

Mühlens, Peter:

Neue Waffe gegen Produktpiraterie, CR 1990, S. 433-438.

Münchener Kommentar:

Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Band 1, Grundlagen des Wettbewerbsrechts, Internationales Wettbewerbs- und Wettbewerbsverfahrensrecht, Europäisches Gemeinschaftsrecht - Grundlagen und sekundärrechtliche Maßnahmen, §§ 1-4 UWG, herausgegeben von Peter Heermann und Günther Hirsch, München 2006 (zit. *MünchKomm UWG/Bearbeiter*).

Naim, Moses:

Das Schwarzbuch des globalisierten Verbrechens, München 2005 (zit. *Naim, Schwarzbuch globalisiertes Verbrechen*).

Nerretter, Paul:

Wettbewerbsrechtlicher Schutz technischer und ästhetischer Arbeitsergebnisse, GRUR 1957, S. 408-418.

Neuwirth, Rostam:

Der WTO-Bericht zu China – Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights: ein Kommentar; GRUR Int. 2009, S. 367-376.

Nitsche, Katrin:

Counterfeiting – The impact of selling and purchasing counterfeit products, Saarbrücken 2007 (zit. *Nitsche*, Counterfeiting).

Obergfell, Eva:

Zwischen Zitat und Plagiat – Umfang und Grenzen der Zitierfähigkeit bei literarischen und wissenschaftlichen Schriftwerken, KUR 2005, S. 46-56.

Ohly, Ansgar:

Designschutz im Spannungsfeld von Geschmacksmuster-, Kennzeichen- und Lauterkeitsrecht, GRUR 2007, S. 731-740.

Ohly, Ansgar:

Geistiges Eigentum?, JZ 2003, S. 545-554.

Ohly, Ansgar:

Bausteine eines europäischen Lauterkeitsrechts, WRP 2008, S. 177-185.

Oksenberg, Michael / *Potter*, Pitman / *Abnett*, William:

Advancing Intellectual Property Rights: Information Technologies and the Course of Economic Development in China, Seattle 1996 (zit. *Oksenberg/Potter/Abnett*, Intellectual Property Rights China).

Oppenländer, Karl:

Die Wirkungen des Patentwesens im Innovationsprozess, GRUR 1977, S. 362-370.

Osthaus, Wolf:

Fighting Piracy and Counterfeiting in the Light of the European Principles of eCommerce – The eBay Strategy and Experience, GRUR Int. 2007, S. 644-648.

Pacón, Anna María:

Was bringt TRIPS den Entwicklungsländern?, GRUR Int. 1995, S. 875-886.

Pangerl, Stefanie:

Defensive Publishing – Handlungsfreiheit und die Aneignung von Innovationsgewinnen, München 2009 (zit. *Pangerl*, Defensive Publishing).

Papageorgiou, Elliot / Seyboth, Matthias:

Die erfolgreiche Durchsetzung von Rechten am geistigen Eigentum in der VR China, in: Produkt- und Konzeptpiraterie, herausgegeben von Nicolas Sokianos, Wiesbaden 2006, S. 307-324 (zit. *Papageorgiou/Seyboth*, Durchsetzung in der VR China, in: Produkt- und Konzeptpiraterie).

Patnaik, Daniel:

Enthält das Deutsche Recht effektive Mittel zur Bekämpfung von Nachahmungen und Produktpiraterie?, GRUR 2004, S. 191-198.

Pattloch, Thomas:

China, in: Intellectual Property Law in Asia, herausgegeben von Christopher Heath, London 2003, S. 39-81 (zit. *Pattloch*, China, in: Intellectual Property in Asia).

Pierson, Matthias / Ahrens, Thomas / Fischer, Karsten:

Recht des geistigen Eigentums, München 2007 (zit. *Pierson et al.*, Geistiges Eigentum).

Quack, Karlheinz / Vieregge, Ralf:

Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Produktpiraterie, GRUR 1989, S. 29-35.

Rahn, Guntram:

Recht und Rechtsauffassung in Japan, GRUR Int. 1979, S. 491-499.

Range, Steffen:

Alles nur geklaut – Produktpiraterie ist kein Kavaliersdelikt, sondern organisierte Kriminalität, Südostasien 04/2005, S. 4-6. (zit. *Range*, Produktpiraterie Organisierte Kriminalität).

Ranjard, Paul / Misonne, Benoît:

Study on the Future Opportunities and Challenges of EU-China Trade and Investment Relations, Study 12: Exploring China's IP Environment - Strategies and Policies, Brüssel 2007 (zit. *Ranjard/Misonne*, IP Environment China).

Ring, Marcus:

China und das Recht des geistigen Eigentums, Hamburg 2008 (zit. *Ring*, China Geistiges Eigentum).

Sambuc, Thomas:

Der UWG-Nachahmungsschutz, München 1996 (zit. *Sambuc*, UWG-Nachahmungsschutz).

Schmidl, Michael:

Bekämpfung der Produktpiraterie in der Bundesrepublik Deutschland und in Frankreich, München 1997 (zit. *Schmidl*, Bekämpfung Produktpiraterie).

Schöner, Karlheinz:

Die Bekämpfung der Produktpiraterie durch die Zollbehörden, Mitt. 1992, S. 180-186.

Schricker, Gerhard (Hrsg.):

Urheberrecht, 3. Auflage, München 2006 (zit. *Schricker/Bearbeiter*, Urheberrecht).

Schuhmacher, Katja:

Die Marken(artikel)piraterie, Frankfurt 2005 (zit. *Schuhmacher*, Marken(artikel)piraterie).

Schumpeter, Joseph:

Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, Stuttgart 1972 (zit. *Schumpeter*, Kapitalismus).

Schwarz, Mathias / Brauneck, Anja:

Verbesserung des Rechtsschutzes gegen Raubkopierer auf der Grundlage der EU-Enforcement-Richtlinie und deren Umsetzung in deutsches Recht, ZUM 2006, S. 701-713.

Seitz, Konrad:

China – Eine Weltmacht kehrt zurück, Berlin 2000 (zit. *Seitz*, China).

Slopek, David:

Defensive Publishing – Verbreitung, Funktion, Strategien; GRUR 2009, S. 816-820.

Sodipo, Bankole:

Piracy and Counterfeiting, London 1997 (zit. *Sodipo*, Piracy and Counterfeiting).

Sokianos, Nicolas (Hrsg.):

Produkt- und Konzeptpiraterie, Wiesbaden 2006 (zit. *Sokianos*, Produkt- und Konzeptpiraterie).

Spindler, Gerald:

„Die Tür ist auf“ – Europarechtliche Zulässigkeit von Auskunftsansprüchen gegenüber Providern, GRUR 2008, S. 574-577.

Steckler, Brunhilde:

Grundzüge des gewerblichen Rechtsschutzes, München 1996 (zit. *Steckler*, Gewerblicher Rechtsschutz).

Stoll, Peter-Tobias:

Technologietransfer – Internationalisierungs- und Nationalisierungstendenzen, Berlin 1994 (zit. *Stoll*, Technologietransfer).

Tannert, Norman:

Produkt- und Markenpiraterie in der VR China, Frankfurt am Main 2007 (zit. *Tannert*, Produktpiraterie China).

Tilman, Winfried:

Der Schutz gegen Produktpiraterie nach dem Gesetz von 1990, BB 1990, S. 1565-1569.

Troller, Alois:

Immaterialgüterrecht Band I, 3. Auflage, Basel 1983 (zit. *Troller*, Immaterialgüterrecht I).

Ulmer, Eugen:

Urheber- und Verlagsrecht, 3. Auflage, Berlin 1980 (zit. *Ulmer*, Urheberrecht).

Varian, Hal:

Intermediate Microeconomics – A modern approach, 4. Auflage, New York 1996 (zit. *Varian*, Microeconomics).

Von Senger, Harro:

Einführung in das chinesische Recht, München 1994 (zit. *Von Senger*, Chinesisches Recht).

Von Welser, Marcus / González, Alexander:

Marken- und Produktpiraterie, Weinheim 2007 (zit. *von Welser/González*, Marken- und Produktpiraterie).

Wadle, Elmar:

Fabrikzeichenschutz und Markenrecht, Berlin 1977 (zit. *Wadle*, Markenrecht).

Wadle, Elmar:

Geistiges Eigentum – Bausteine zur Rechtsgeschichte, Band II, Weinheim 2003 (zit. *Wadle*, Geistiges Eigentum).

Weiden, Henrike:

Aktuelle Berichte – November 2009: Europäische Beobachtungsstelle für Nachahmung und Piraterie, GRUR 2009, S. 1033-1034.

Wildemann, Horst:

Methoden und Strategien gegen Produktpiraterie, IM 24/2008, S. 28-30.

Wildemann, Horst:

Ganzheitliche Strategien gegen Produktpiraterie, Intelligenter Produzieren 2007/6, S. 5-7.

Wildemann, Horst / Ann, Christoph / Broy, Manfred / Günthner, Willibald / Lindemann, Udo: Plagiatschutz – Handlungsspielräume der produzierenden Industrie gegen Produktpiraterie, München 2007 (zit. *Wildemann et al.*, Plagiatschutz).

Winkler, Ingo / Wang, Xueli:

Made in China – Marken- und Produktpiraterie, Frankfurt am Main 2007 (zit. *Winkler/Wang*, Produktpiraterie China).

Winter, Franz:

Die internationale Markenpiraterie – Ein Prüfstein unseres Rechts gegen den Missbrauch des freien Warenverkehrs, GRUR 1981, S. 782-788.

Worm, Ulrich / Gärtner, Anette:

Möglichkeiten der Bekämpfung von Produktpiraterie (Teil I bis III), Mitt. 2007, S. 254-259, S. 497-501 sowie Mitt. 2008, S. 212-215.

Wurzer, Alexander:

IP-Management – Schlüsselkompetenzen in einer Wissensökonomie, GRUR 2008, S. 577-586.

Yu, Peter:

From Pirates to Partners (Episode Two): Protecting Intellectual Property in Post-WTO China, Michigan State University College of Law, Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 03-15/2005, S. 101-193 (zit. *Yu, Pirates*).

Zhou, Cui:

Die einstweiligen Maßnahmen und Beweissicherungsmaßnahmen zum Schutz der Rechte des Geistigen Eigentums und Art. 50 TRIPS in China, GRUR Int. 2006, S. 560-568.