



Ulf Doepner

FESTSCHRIFT FÜR
ULF DOEPNER
ZUM 65. GEBURTSTAG

HERAUSGEGEBEN
VON

ULRICH REESE
FRANK-ERICH HUFNAGEL
ANDREA LENSING-KRAMER



VERLAG C. H. BECK MÜNCHEN 2008

Verbotsvorschrift aufhebt, sofort zur Unbegründetheit der Unterlassungsklage. Gleiches gilt nicht für eine auf Erfüllung, Ersatzleistung etc. gerichtete Leistungsklage; mit einer solchen Klage wird die Realisierung der in der Vergangenheit tatbestandsmäßig ausgelösten Rechtsfolge erstrebt, auch wenn das beantragte Urteil den Schuldner erst zur künftigen Vornahme der beanspruchten Leistung oder Handlung (meist zuzüglich der zwischenszeitlich seit Entstehung des Anspruchs entstandenen Verzugsfolgen) anhalten soll. Das rechtskräftige Verbot einer bestimmten Handlung des Schuldners wirkt einheitlich und völlig unabhängig davon, ob diese Handlung in der Vergangenheit bereits ein oder mehrere Male begangen oder ob ihre erstmalige künftige Begehung als drohend festgestellt wurde. Die Grenzen der Rechtskraft sind unschwer erkennbar: Neue Tatsachen, die nach Schluss der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung entstehen (§ 767 Abs. 2 ZPO), begründen, wenn sie die Gefahr der Begehung einer Handlung mit abweichender Verletzungsform schaffen, nach dem Erfolg der ersten Klage einen neuen Unterlassungsanspruch und nach Abweisung der ersten Klage eine neue Klage mit identischem Klageziel dann, wenn mit ihnen die im Vorprozess unbewiesen gebliebene Begehungsfahr nachgewiesen werden kann. Das alles leistet die Lehre vom zweigliedrigen Streitgegenstand, wenn man mit ihr bei der Unterlassungsklage nicht auf halbem Weg stehen bleibt.

PETER CHROCZIEL/MARCO STIEF

Praktische Erfahrung mit der Grenzbeschlagnahme nach VO (EG) Nr. 1383/2003

Unter besonderer Berücksichtigung des Arzneimittelbereichs

In Zeiten, in denen infolge der Globalisierung der Märkte gerade die Nachahmung von Produkten durch im Ausland ansässige Produktfälscher dramatisch zunimmt, gewinnt das in Deutschland durch das Produktpirateriegesetz vom 7. März 1990 eingeführte Rechtsinstrumentarium der Grenzbeschlagnahme zunehmend an Bedeutung. Die Grenzbeschlagnahme bietet dem Schutzrechteinhaber die Möglichkeit, die Einfuhr von Plagiaten bereits an den Grenzen zur Europäischen Union und damit sehr viel effizienter als dies nach Einfuhr in die einzelnen Mitgliedsländer noch möglich ist, zu verhindern. Während der Grenzbeschlagnahme im Bereich der Arzneimittelfälschung schon immer eine große und beständig wachsende Bedeutung zukam, gewinnt sie in jüngerer Zeit auch für Generika zunehmend an Relevanz. Dabei gibt das Produktpirateriegesetz dem Schutzrechteinhaber gegenüber den bisherigen nationalen Regelungen ein sehr viel wirksameres Mittel zur effektiven Durchsetzung seiner Rechte an die Hand, birgt allerdings durch die Herabsetzung der Voraussetzungen für eine Grenzbeschlagnahme auch das Risiko von Fehlentscheidungen sowie eine nicht unerhebliche Missbrauchsgefahren in sich. In diesem Beitrag sollen sowohl rechtliche Voraussetzungen und bestehende Streitfragen als auch die wirtschaftliche Bedeutung dieses Rechtsinstituts erörtert werden, wobei besonderes Augenmerk auf dem Arzneimittelbereich gelegt wird.

I. Grenzbeschlagnahme im Kampf gegen die internationale Produktpiraterie

Die Grenzbeschlagnahme ist inzwischen eines der wichtigsten Instrumente des Rechteinhabers zur Bekämpfung der „Produktpiraterie“¹ geworden. Nachdem sich die Nachahmung von Produkten durch die Globalisierung der Märkte in dramatischer Weise internationalisiert und intensiviert hat, gewinnt die Grenzbeschlagnahme als vorläufige Maßnahme des betroffenen Unternehmens gegen die häufig im Ausland tätigen Produktfälscher immer größere Bedeutung.² Die Dringlichkeit der Stärkung und Anwendung dieses Rechtsinstituts zeigen die jüngsten Statistiken. Der Anteil von Pirateriewaren am weltweiten Handel wird inzwischen von der Internationalen Handelskammer auf etwa

¹ „Produktpiraterie“ ist der Oberbegriff aller Schutzrechtsverletzungen des geistigen Eigentums, während insbesondere die „Markenpiraterie“ nur die Nachahmung von Marken umfasst. 80% der Schutzanträge bei den deutschen Zollbehörden betreffen Marken, 6% Urheberrechtsverletzungen, 23% Geschmacksmusterverletzungen, 2% Gebrauchsmusterverletzungen und 11% Patentrechtsverletzungen (Anmerkung: da Doppelanträge möglich sind, übersteigt die Summe 100%; Quelle: Jahresbericht 2006 – Gewerblicher Rechtsschutz, Zoll: <http://www.zoll.de/e0.downloads/d0.veroeffentlichungen/v4.gwr.jahresbericht2006.pdf>; letzter Abruf: 5. 5. 2008).

² EU-weit werden Schätzungen zufolge Waren zwischen 1 bis 2 Mrd. € beschlagnahmt; vgl. Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss vom 11. 10. 2005, Kom (2005) 479 endg. S. 2.

10% geschätzt. Dies entspricht einem Umsatzvolumen von ca. 600 Milliarden Euro.³ Vor allem in den letzten Jahren ist eine enorme Steigerung des Warenwerts von Pirateriewaren zu verzeichnen.⁴ Mit der Zunahme der Produktpiraterie erhöhte sich auch die Anzahl der Anträge auf Grenzbeschlagnahme bei der in Deutschland zuständigen Zentralstelle für Gewerblichen Rechtsschutz.⁵

Die Nachahmung von Produkten ist folgenschwer. Neben den hohen Verlusten an Arbeitsplätzen⁶ sind die Beeinträchtigungen der Interessen der Abnehmer zu berücksichtigen. Der Schwerpunkt der Fälschungen, der früher vor allem im Markenbereich, insbesondere im Bereich von Luxus-Markenartikel lag, verlagert sich in zunehmendem Maße auch auf Bedarfsgüter des täglichen Lebens, insbesondere aus der Software-, Film-, und Musikindustrie – bis hin zu Flugzeug-Ersatzteilen und vor allem Arzneimitteln.⁷ Werden hierbei gesetzliche Sicherheitsstandards übergangen oder gefährdende Stoffe verwendet, liegen die Risiken für den Verbraucher auf der Hand. Besonders besorgniserregend ist in diesem Zusammenhang der blühende Handel mit gefälschten pharmazeutischen Produkten, der nach Schätzungen der Europäischen Kommission inzwischen fast 10% des gesamten Welthandels mit Arzneimitteln ausmacht.⁸ In Anbetracht der zunehmenden Bedeutung der Arzneimittelfälschungen rücken diese verstärkt auch in den Mittelpunkt wissenschaftlicher Untersuchungen. So beschäftigt sich ein Forschungsprojekt des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht mit der strafrechtlichen Erfassung und Verfolgung der Fälschung von Arzneimitteln. Die WHO selbst hat eine Taskforce (IMPACT – International Medical Products Anti-Counterfeiting Taskforce) gegründet, um mit internationalen Experten aus verschiedenen Fachgebieten gegen die internationale Arzneimittelfälschung vorzugehen. Eine Studie der OECD wiederum untersucht die wirtschaftlichen Auswirkungen der Produktfälschungen.⁹

Abgesehen von den Einbußen an Arbeitsplätzen und Qualitäts- bzw. auch Sicherheitsstandards, sparen sich die Hersteller von gefälschten Produkten sowohl die aufwändigen

³ Vgl. die Schätzungen der Vereinigung zur Bekämpfung von Produktpiraterie e.V. (VBP); Quelle: <http://www.vbp.org/de/main.asp> (letzter Abruf: 1. 5. 2008); vgl. auch Europäische Union – Aktionsplan gegen Nachahmung und Piraterie, GRUR Int. 2001, 370.

⁴ Der Wert der von den deutschen Zollbehörden beschlagnahmten Waren stieg von 177.978.972 € im Jahr 2003 auf 1.175.018.615 € im Jahr 2006; Quelle: Jahresbericht 2006 – Gewerblicher Rechtsschutz, Zoll: <http://www.zoll.de/e0.downloads/d0.veroeffentlichungen/v4.gwr.jahresbericht.2006.pdf> (letzter Abruf: 5. 5. 2008).

⁵ Die Zahl der Anträge auf Schutz durch den deutschen Zoll bei der Oberfinanzdirektion Nürnberg, Zentralstelle Gewerblicher Rechtsschutz München, stieg von 68 Anträgen im Jahr 1995 auf 730 Anträge im Jahr 2007; Quelle: <http://www.zoll.de/e0.downloads/d0.veroeffentlichungen/v3.gwr.jahresbericht.2007.pdf> (letzter Abruf: 5. 5. 2008).

⁶ Schätzungen aus dem Jahr 2000 für das Gebiet der EU: Verlust von 200.000 Arbeitsplätzen; vgl. GRUR Int. 2001, 370.

⁷ Betroffen sind Freizeitbekleidung, Uhren & Schmuck, Accessoires, Elektrische Geräte, Sportbekleidung, Ersatzteile & Etiketten etc., Parfüm & Kosmetik, Datenträger und Software, Spielzeug, Medikamente, Computer, Zigaretten und Lebensmittel, Quelle: Jahresbericht 2006 – Gewerblicher Rechtsschutz, Zoll: <http://www.zoll.de/e0.downloads/d0.veroeffentlichungen/v4.gwr.jahresbericht.2006.pdf> (letzter Abruf am 5. 5. 2008); europaweit sind Zigaretten die am häufigsten gefälschten Artikel, für europäische Statistiken vgl. Statistik der Europäischen Kommission für 2006: <http://ec.europa.eu/taxation.customs/resources/documents/customs.controls/counterfeit.piracy/statistics/counterf.comm.2006.de.pdf> (letzter Abruf: 5. 5. 2008).

⁸ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 23. 10. 2007, IP/07/1573: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/1573&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en> (letzter Abruf: 1. 5. 2008); der Großteil dieser gefälschten Medikamente wird in den ärmsten Ländern der Welt abgesetzt.

⁹ <http://www.oecd.org/dataoecd/13/12/38707619.pdf>; The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy, Executive Summary.

Forschungs- und Entwicklungskosten als auch die Marketingkosten und senken damit den Anreiz und die Rentabilität von Innovationen. Gerade im Bereich der Arzneimittelentwicklung sind häufig durchschnittlich 800 Millionen Euro Entwicklungskosten zu veranschlagen, bis ein neues Medikament entwickelt, getestet und zugelassen ist.¹⁰ Erleidet der getäuschte Verbraucher in Folge der Einnahme eines nicht als solches erkanntes gefälschtes Medikament einen Gesundheitsschaden oder eine gesundheitliche Beeinträchtigung, muss der Originalhersteller neben dem Umsatzverlust auch noch einen gegebenenfalls sehr viel weiterreichenden Imageschaden fürchten oder mag sich sogar (unberechtigten) Schadensersatzforderungen ausgesetzt sehen.

Da sich die Produktpiraterie aufgrund der sehr hohen zu erwartenden Gewinnspanne zunehmend fest und dauerhaft etabliert, kann in vielen Produktbereichen inzwischen von organisierter Kriminalität gesprochen werden.¹¹ Gerade der Internethandel vereinfacht dabei in den letzten Jahren die Absatzmöglichkeiten für Piraterieware.¹² Die Hersteller gefälschter Produkte kommen meist aus Ländern außerhalb der EU,¹³ derzeit zu drei Vierteln aus China, so dass ein wirksames Vorgehen gegen die Produktpiraterie nur dann möglich ist, wenn bereits die Einfuhr der Schutzrechte verletzenden Ware in das Gebiet der EU verhindert wird.¹⁴

Dafür stellt die Grenzbeschlagnahme ein wirksames Mittel dar. Weil sie jedoch die Rechtsgüter des Verfügungsberechtigten der beschlagnahmten Ware in schwer wiegender Weise durch Totalentzug beeinträchtigt, bedarf es einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung der Verfahrensweise.¹⁵ Auf nationaler Ebene wurde die Grenzbeschlagnahme in Deutschland in ihrer aktuellen Form durch das Produktpirateriegesetz vom 7. März 1990 eingeführt¹⁶ und richtet sich gegen Verletzung von Marken (§§ 146 ff. MarkenG), Geschmacksmustern (§ 55 GeschMG), Gebrauchsmustern (§ 25 a GebMG), Patenten (§ 142 a PatG), Urheberrechten (§ 111 b UrhG), Topographien (§ 9 Abs. 2 HalbschG) und Sorten (§ 40 a SortG). Die jeweiligen Vorschriften zur Regelung der Schutzrechte stimmen weitgehend überein. Da die Grenzbeschlagnahme seit dem 1. Dezember 1986 auch auf europäischer Ebene geregelt ist und innerhalb der EU-Mitgliedsstaaten grundsätzlich keine Grenzkontrollen mehr stattfinden, ist die Bedeutung der nationalen Vorschriften

¹⁰ Vgl. Kröger/Bausch, GRUR 1997, 321.

¹¹ Vgl. Condes, GRUR 2007, 483 ff.; Kröger/Bausch (Fn. 10), S. 322.

¹² Vgl. Mitteilung der Kommission (Fn. 2), Kom (2005) 479 endg. S. 7: 30% der beschlagnahmten Postsendungen standen im Zusammenhang mit dem Internethandel.

¹³ Die Masse der Einfuhren aus Nicht-EU-Staaten nach Deutschland erfolgt über den Hamburger Hafen, Bremerhaven, Frankfurter und Düsseldorfer Flughafen sowie über die Autobahn-Grenzübergänge zur Schweiz. Die Mehrzahl der beschlagnahmten Waren stammt aus Asien: Derzeit (2007) führt die Volksrepublik China mit weitem Abstand (72,7%), gefolgt von der Türkei (9,7%) und Hongkong (6,2%). Weitere Herkunftsländer sind die Schweiz (3,1%), USA (1,6%), Thailand (1,6%), Vietnam (1,5%), die Vereinigten Arabischen Emirate (0,8%) und Malaysia (0,7%), jeweils betreffend den Warenwert der Produktfälschungen. Quelle: <http://www.zoll.de/e0.downloads/d0.veroeffentlichungen/v3.gwr.jahresbericht.2007.pdf> (Abruf am 1. 5. 2008); für die Einfuhr von Arzneimittelfälschung in die gesamte EU entfallen 31% auf Indien, 31% auf die Vereinigten Arabischen Emirate und 20% auf China; Quelle: Europäische Kommission: <http://ec.europa.eu/taxation.customs/resources/documents/customs/customs.controls/counterfeit.piracy/statistics/counterf.comm.2006.de.pdf> (letzter Abruf: 1. 5. 2008).

¹⁴ Denn häufig ist die Verletzung von Schutzrechten in den Herkunftsländern nicht rechtlich geschützt oder gerichtlicher Schutz faktisch kaum durchsetzbar.

¹⁵ Vgl. Scherbauer, Die Grenzbeschlagnahme von Produktpirateriewaren im Immaterialgüterrecht, Konstanz 2000.

¹⁶ Gesetz zur Stärkung des geistigen Eigentums und zur Bekämpfung der Produktpiraterie (Produktpirateriegesetz) vom 7. 3. 1990, BGBl. 1990 I S. 4222; zur Vorgängerregelung in § 28 WZG a.F. vgl. Scherbauer (Fn. 15), S. 104 ff., welche nach Antragsstellung ein reines Amtsverfahren vorsah und sich nur auf Markenverletzungen beschränkte.

gering.¹⁷ Darüber hinaus hat der Deutsche Bundestag am 11. April 2008 das Gesetz zur Verbesserung der EU-Richtlinie zur Stärkung des Schutzes des geistigen Eigentums verabschiedet und wird damit die deutschen Normen weiter an das europäische Recht anpassen.¹⁸

Auf europäischer Ebene wurde die Grenzbeschlagnahme nach den Vorgängervorschriften der Verordnung (EWG) Nr. 3842/86 und der so genannten ersten Produktpiraterieverordnung (EG) Nr. 3295/94 zwischenzeitlich durch die neue Produktpiraterieverordnung (EG) Nr. 1383/2003 gestärkt.¹⁹ Die Produktpiraterieverordnung (PPVO) Nr. 1383/2003 regelt die Grenzbeschlagnahme bei Ein- und Ausfuhr von Waren an den Grenzen der EU. Zuletzt wurde die Verordnung durch die neue Durchführungs-Verordnung Nr. 1172/2007 vom 5. Oktober 2007 ergänzt.²⁰ Flankiert wird der Schutz durch die EG-Richtlinie Nr. 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums vom 29. April 2004.²¹ Diese Richtlinie sieht die entsprechenden Durchsetzungsbestimmungen für die Produktpiraterieverordnung vor, insbesondere weitet sie diese auf andere Verletzungstatbestände als die Ein- und Ausfuhr an den Außengrenzen der EU aus.²² Speziell im Arzneimittelrecht wurde bereits am 18. Juni 1992 durch die Verordnung (EWG) Nr. 1768/92 ein ergänzendes Schutzzertifikat für Arzneimittel geschaffen, welches seit 1. Juni 1999 ebenso wie das Patent Grundlage der Grenzbeschlagnahme ist.²³ Das ergänzende Schutzzertifikat soll die tatsächliche Verkürzung der Laufzeit eines Patents aufgrund des Zeitraums zwischen Patenteinreichung und Genehmigung für das Inverkehrbringen des Arzneimittels ausgleichen.²⁴

Auf internationaler Ebene sind neben zahlreichen bi- und multilateralen Abkommen insbesondere zwei Übereinkommen für die Grenzbeschlagnahme maßgeblich.²⁵ Zum einen regelt das im Rahmen der GATT-Verhandlungen vereinbarte TRIPS-Übereinkommen vom 15. Dezember 1993 die Verpflichtung der unterzeichnenden Staaten, ein Grenzbeschlagnahmeverfahren zu kodifizieren.²⁶ Die Vorschriften des TRIPS-Übereinkommens sind in der Produktpiraterieverordnung (EG) Nr. 1383/2003 weitgehend kodifiziert und nach der Rechtsprechung des EuGH in der EU nicht unmittelbar anwendbar.²⁷ Eine Ausweitung des TRIPS-Abkommens ist geplant.²⁸ Zum anderen ist eine Ausweitung und

¹⁷ Stellungnahmen aus dem Gesetzentwurf der Bundesregierung, Drucksache 16/5048, S. 34: lediglich 4% der Anträge nach dem nationalen Verfahren.

¹⁸ Annahme des Gesetzesentwurfes auf Drucksache 16/5048 in der Fassung der Beschlussempfehlung auf Drucksache 16/8783: Das Gesetzgebungsverfahren ist noch nicht abgeschlossen. Mit der Verkündung des Gesetzes ist voraussichtlich im Juni 2008 zu rechnen.

¹⁹ Die zollrechtlichen EU-Vorschriften gehören zu den effektivsten weltweit (China hat inzwischen ähnliche Vorschriften erlassen); vgl. Mitteilung der Kommission (Fn. 2), S. 8.

²⁰ Verordnung (EG) Nr. 1172/2007 der Kommission vom 5. Oktober 2007, Abl. EG Nr. L 261/12 vom 6. 10. 2007.

²¹ Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. 4. 2004, Abl. EG Nr. L 157 vom 30. 4. 2004, S. 45 ff.; vgl. GRUR Int. 2004, 615; Knaak, GRUR Int. 2004, 745 ff.

²² Vgl. Knaak (Fn. 21), S. 746; kritisch zur Rechtsform als Richtlinie, mit dem Vorschlag zur effektiven Durchsetzung als Verordnung; zur Umsetzung in Deutschland.

²³ Abl. vom 2. 7. 1992, L 182/1.

²⁴ Vgl. Scherbauer (Fn. 15), S. 82 m.w.N.

²⁵ Übersicht über die Regelungen bei: Harte-Bavendamm, in: Harte-Bavendamm, Handbuch der Markenpiraterie, 2000, S. 19 ff.

²⁶ TRIPS-Übereinkommen vom 15. 12. 1993, abgedruckt in GRUR Int. 1994, 128 ff.; jedoch ist das TRIPS-Übereinkommen nicht gegenüber dem Einzelnen rechtlich verbindlich, vgl. EuGH, Urteil vom 13. 9. 2001, Rs. C-89/99 Route 66-Schieving-Nijstad vof u.a./Grunewald, GRUR Int. 2002, 41 ff.

²⁷ Zur mangelnden unmittelbaren Anwendbarkeit: EuGH, Urteil vom 16. 11. 2004, Rs. C-245/02 (Anheuser-Busch), EWS 2004, 552; a.A. Hennes, TRIPS im Gemeinschaftsrecht: zu den innergemeinschaftlichen Wirkungen von WTO-Übereinkünften, 2002, S. 270; Scherbauer (Fn. 15), S. 305 ff.

Stärkung der Grenzbeschlagnahme auf internationaler Ebene durch das Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) durch die EU, USA und Japan ab 2008 geplant.²⁹

Die Grenzbeschlagnahme findet grundsätzlich auf Antrag des Rechteinhabers statt und richtet sich auf die Beschlagnahme und anschließende Vernichtung von Waren, die Schutzrechte verletzen. Sie verstärkt damit deutlich die Position des Inhabers immaterieller Rechte, indem diesem zu einem besonders frühen Zeitpunkt Zugriff auf die widerrechtlich hergestellten Waren ermöglicht wird und somit verhindert wird, dass diese in den freien Verkehr gelangen. Ist zum Beispiel ein Nachahmermedikament erst einmal an die über 21.500 Apotheken in Deutschland verschickt worden oder bereits an den Patienten weiterverkauft, geht die Rechtsposition des Rechteinhabers damit in aller Regel zumindest faktisch ins Leere.

Verletzte Schutzrechte können Marken, Geschmacks- und Gebrauchsmuster, Patente, Urheberrechte, Halbleiter, Sorten und ergänzende Schutzzertifikate sein. Im Pharmabereich kommt dabei insbesondere den Marken- zunehmend aber auch den Patentrechten und Schutzzertifikaten eine besondere Bedeutung zu. Dabei gehört die Grenzbeschlagnahme in Markensachen schon seit einigen Jahren zu den gut eingeführten Instrumenten zur Bekämpfung der Produktpiraterie. Grund hierfür ist in erster Linie der Umstand, dass eine Erkennung von Marken leicht durch die Zollbehörden durchgeführt werden kann. In den tatsächlich sehr viel komplexeren Patentsachen ist die Grenzbeschlagnahme hingegen weniger bekannt. Die Zentralstelle Gewerblicher Rechtsschutz, welche für Anträge im Beschlagnahmeverfahren zuständig ist, verzeichnet jedoch mittlerweile einen Anstieg auf 11% der Anträge auf Grenzbeschlagnahme in Patentsachen.³⁰

II. Besonderheiten und Fälle im Arzneimittelbereich

Im Arzneimittelbereich ist zunächst grundsätzlich zwischen „klassischen“ Produktfälschungen und den sogenannten Generika-Produkten zu unterscheiden. Erstere werden mit dem Ziel hergestellt, einer Originalware zum Verwechseln ähnlich zu sein, um den Verbraucher so schon über den Hersteller der Ware zu täuschen. Dabei werden Markenrechte oder wettbewerbsrechtliche Vorschriften, sowie daneben häufig Geschmacksmuster, Urheberrechte, Patente und sonstige Rechte des geistigen und gewerblichen Rechtsschutzes – in aller Regel bewusst und gezielt – verletzt. In diesem Bereich sind die diversen Arzneimittelfälschungen von bekannten Arzneimitteln, wie etwa im Fall von Viagra[®], zu nennen. Im Jahr 2006 wurden 22.000 Pillen Viagra[®] und Cialis[®] vom Zoll sichergestellt. Pfizer, der Hersteller von Viagra[®], arbeitet inzwischen mit Microsoft zusammen, um den Produktfälschern, die hauptsächlich übers Internet agieren, beizukommen. Jedoch sind auch andere Hersteller betroffen, so dass Schätzungen der Weltgesundheitsorganisation WHO davon ausgehen, dass jede zehnte Tablette in Europas Apotheken gefälscht ist.³¹ Letztlich handelt es sich hierbei um klassischen Schmuggel von Waren, dessen Abwehr schon von jeher Aufgabe des Zolls war. Es geht demnach primär darum, die entsprechenden Waren überhaupt zu identifizieren, zwischen Original und Fälschung zu differenzieren und aufzugreifen. Sind die Waren allerdings erst einmal beschlagnahmt und zum Beispiel als Arzneimittelfälschung entlarvt, wird die Frage der Schutzrechtsverletzung bzw. der Rechtmäßigkeit der Beschlagnahme von dem Hersteller bzw. Importeur der Waren erfahrungsgemäß nicht in Frage gestellt.

²⁸ Insbesondere im Hinblick auf die Erweiterung des derzeitigen Art. 51 TRIPS; vgl. Mitteilung der Kommission (Fn. 2), S. 15.

²⁹ Vgl. Klopschinski, GRUR Int. 2007, 1054 ff.

³⁰ S. o. Fn. 1.

³¹ Welt-Online vom 21. 8. 2007: <http://www.welt.de/wirtschaft/article1123528/DieEU-Kommission.willPillenfaelscherstoppen.html> (letzter Abruf: 31. 5. 2008).

Auch im Arzneimittelbereich geht man somit inzwischen zunehmend dazu über, fälschungssichere Verpackungen zu verwenden. Das kann durch die Sicherung der Verpackung selbst geschehen, etwa mit Spezialfarben oder Hologrammen. So wurden beispielsweise 2006 für das Medikament Cialis[®] Sicherheitspackungen eingeführt, die sich durch verschiedene Originalitätsmerkmale am Sicherheitsstandard von Banknoten orientieren.

Demgegenüber bezeichnet man als Generikum ein Arzneimittel, das eine wirkstoffgleiche Kopie eines bereits unter einem Markennamen auf dem Markt befindlichen Medikaments ist. Ein Generikum soll den vom Originalprodukt beanspruchten Indikationen therapeutisch äquivalent sein, das heißt, es muss ihm in Wirksamkeit und Sicherheit entsprechen. Dementsprechend darf ein Generikum nicht weniger als 80% und nicht mehr als 125% der Bioverfügbarkeit des Originalpräparats aufweisen (sog. Bioäquivalenz). In der Praxis beträgt die Abweichung vom Originalpräparat in der Regel aber weniger als 5%.³² Anders als bei einer Produktfälschung werden Generika unter einer eigenen Marke vertrieben, häufig eine Kombination des Freinamens des Wirkstoffes (*International non-proprietary name, INN*) mit dem Zusatz des Herstellers.³³ Ihnen gleichzusetzen sind die sogenannten Markengenerika (*branded generics*), die einen Wirkstoff unter einem neuen Handelsnamen anbieten. Dabei sind Generika in aller Regel deutlich preiswerter als das entsprechende Original, da keine klinische Forschung refinanziert werden muss, die Wirksamkeit des Wirkstoffs bereits festgestellt wurde und die Generika-Hersteller sich auf Studien des Originalpräparats beziehen können.

Im klassischen Sinne sind Generika somit Nachfolgeprodukte von Arzneien, deren Patentschutz abgelaufen ist. Immer häufig ist es allerdings auch zu beobachten, dass Generika auch schon vor Ablauf des Patentschutzes des Originalpräparates auf den Markt gebracht werden, nicht selten aufgrund des nachhaltigen Wettbewerbsvorteils für das jeweilige Generika-Unternehmen, das schon einige Wochen oder auch nur Tage vor der generischen Konkurrenz ein gegenüber dem Originalprodukt verbilligtes Medikament anbieten kann.

Dabei steht häufig der Schutzzumfang sowie der Rechtsbestand des dem Originalprodukts zugrundeliegenden Patentes zwischen dem Originalhersteller und dem Generika-Unternehmen in Streit, etwa wenn das Generika-Unternehmen glaubt, dass es ihm gelungen sei, ein generisches Präparat zu entwickeln, dass das dem Originalprodukt zugrundeliegende Patent nicht verletzt (so genannte Umgehungslösungen) oder darauf vertraut, dass das jeweilige Patent in Folge eines beim Europäischen Patentamt eingeleiteten Einspruchs oder einer beim Deutschen Patent- und Markenamt eingereichten Nichtigkeitsklage für nichtig erklärt werden wird.

In diesen Fällen werden die Grenzbehörden oft in überaus komplizierte und vielschichtige Auseinandersetzungen zwischen Originalhersteller (Originator) und Generika-Hersteller hineingezogen, für deren Beurteilung sie in aller Regel weder ausreichend ausgerüstet noch ausgebildet sind und aufgrund der besonderen Komplexität dieser Fälle wahrscheinlich in aller Regel letztlich auch gar nicht sein können.

Dadurch besteht die Gefahr, dass die Grenzbeschlagnahme als Mittel einen Konkurrenzen zu blockieren, missbraucht wird. Nach den gesetzlichen Vorschriften der Grenzbeschlagnahme kommt es aber unabhängig vom betroffenen Produkt nur auf den Verdacht einer Schutzrechtsverletzung an. Für eine einstweilige Verfügung ist dagegen erforderlich,

³² <http://www.accessdata.fda.gov/scripts/oc/scienceforum/sf2006/Search/preview.cfm?keyword=bioequivalence&abstractid=897&type=content&backto=search>: Abweichungen des Generikums vom Originalpräparat in 1636 Bioäquivalenzstudien, die 1996–2005 bei der amerikanischen Arzneimittelbehörde eingereicht wurden.

³³ Beispielhaft für Generika sind Acetylsalicylsäure-haltige Präparate. Der ursprünglich von der Bayer AG (Leverkusen) entwickelte und in verschiedenen Arzneiformulierungen unter dem Namen Aspirin[®] vertriebene Wirkstoff ist nunmehr Bestandteil zahlreicher Generika, wie z. B. ASS Ratiopharm.

dass der Patentinhaber zu besorgen hat, dass die Verwirklichung seines Schutzrechts vereitelt oder wesentlich erschwert wird. In der Praxis sind daher bereits Fälle aufgetreten, in denen der Patentinhaber genau wusste, dass seine Rechtsposition zu schwach ist, um gerichtlich gegen den vermeintlichen Patentverletzer vorzugehen. So sind Fälle bekannt, bei denen der Antragsteller die an der Grenze beschlagnahmte Ware überhaupt nicht inspizieren bzw. prüfen wollte, um auf diese Weise die behauptete Patentverletzung nachzuweisen, und auch erst gar nicht versuchte, gerichtliche Schritte einzuleiten, dies offensichtlich in dem Wissen, dass die Ware nicht patentverletzend ist. Durch dieses Verhalten setzt sich der Antragsteller zwar Schadensersatzansprüchen des Importeurs aus, diese allein stellen aber zumindest nicht in allen Fällen eine wirksame Abschreckung dar.

Anders als eine gerichtliche Verfügung erlaubt die Grenzbeschlagnahme nur eine Blockade von wenigen Wochen bis zur Einleitung des gerichtlichen Verfahrens und soll letztlich nur der Verifizierung der Patentverletzung dienen. Gerade im Pharmabereich, in dem nicht selten ein einziges Medikament Umsätze im dreistelligen Millionenbereich oder weltweit sogar im Bereich mehrere Milliarden erreichen kann, können auch schon wenige Tage einen immensen wirtschaftlichen Schaden beziehungsweise einen korrespondierenden Wettbewerbsnachteil nach sich ziehen. Man denke etwa an den von Pfizer im deutschsprachigen Raum unter dem Namen Sortis[®] und weltweit vorwiegend unter dem Namen Lipitor[®] vertriebenen Cholesterinsenker, der allein im ersten Quartal 2008 weltweite Umsätze in Höhe von 3,1, im Jahr 2007 Umsätze von 12,7 Milliarden US-Dollar erzielte.³⁴ Zugleich darf nicht übersehen werden, dass der dem Originalhersteller durch die Einfuhr patentverletzender Generika-Produkte entstehende Schaden in aller Regel weitaus größer und schwerwiegender ist. Ein vernünftiger Zweifel an einem schutzwürdigen Interesse des Originators, patentverletzende Arzneimittel bereits an der Grenze zu prüfen und gegebenenfalls durch Einleitung gerichtlicher Sicherungsmaßnahmen festzuhalten, kann angesichts solcher Zahlen nicht bestehen.

Andererseits ist im Pharmabereich eine einstweilige gerichtliche Verfügung und Sicherungsmaßnahme innerhalb der im Grenzbeschlagnahmeverfahren festgesetzten Fristen kaum zu bewirken. In aller Regel ist der zugrundeliegende Sachverhalt in technischer Hinsicht nämlich so komplex und streitig, dass ein Gericht – wenn überhaupt – eine Verfügung nicht ohne vorherige Anhörung des vermeintlichen Patentverletzers erlassen wird. Bis eine gerichtliche Entscheidung erwirkt werden kann, vergeht daher regelmäßig mindestens ein Monat. Als weiteren Schwachpunkt der derzeitigen Praxis der Grenzbeschlagnahme im Arzneimittelbereich hat sich herausgestellt, dass die zu leistenden Sicherheiten viel zu niedrig angesetzt werden. Ist die Ware aber erst einmal freigegeben, reichen Sicherheitsleistung des Anmelders oder Schadensersatzpflicht meist nicht aus, um den entstandenen Schaden wieder gut zu machen.

Auf die Besonderheiten im Arzneimittelbereich im Grenzbeschlagnahmeverfahren wird im Weiteren noch ausführlicher einzugehen sein.

III. Rechtliche Einordnung und Begriff der Grenzbeschlagnahme

Die Grenzbeschlagnahme befindet sich als Rechtsinstitut im Schnittpunkt von Verwaltungs-, Zivil- und Strafrecht. Die Grenzbeschlagnahme selbst ist eine vorläufige Maßnahme³⁵ des öffentlichen Rechts, an die sich weitere verwaltungsrechtliche, strafrechtliche oder zivilrechtliche Sanktionen anschließen können. Rechtsgrundlage für die

³⁴ Pfizer Quarterly Corporate Performance, First Quarter 2008, Performance Report S. 9; Pfizer Financial Report 2007, S. 19; jeweils abrufbar unter www.pfizer.com/investors/financialreports/financialreport.jsp.

³⁵ Hoffmeister/Harte-Bavendamm (Fn. 25), S. 162.

Grenzbeschlagnahme ist der gemeinschaftliche Zollkodex (ZK).³⁶ Die Produktpiraterieverordnung verweist in Art. 1 Abs. 1 a) ausdrücklich auf den Zollkodex. Nach Art. 37 Abs. 1 i.V.m. Art. 58 Abs. 2 ZK ist es Aufgabe der Zollbehörden, das gewerbliche und kommerzielle Eigentum zu überwachen und zu schützen.³⁷ Die Wahrnehmung dieser Aufgabe wird durch die Vorschriften über die Grenzbeschlagnahme nach europäischem und nationalem Recht konkretisiert.

Begrifflich geht die „Grenzbeschlagnahme“ über die reine Beschlagnahme hinaus und bezeichnet auch das Anhalten der Abfertigungstätigkeit auf einen Verdacht, die Feststellung einer Schutzrechtsverletzung und die Anordnung eines Verfügungsverbots durch die Zollbehörden.³⁸ Ferner betrifft sie örtlich neben den Grenzkontrollen an den Außengrenzen der EU auch die Beschlagnahme im Rahmen von so genannten Hinterlandkontrollen durch mobile Kontrollgruppen, die nach Wegfall der Binnengrenzen unabhängig von einem Grenzübertritt sind. Dabei ist die Produktpiraterieverordnung im Gegensatz zur Grenzbeschlagnahme nach dem nationalen Verfahren nur auf eine Ein- und Ausfuhr in beziehungsweise aus dem europäischen Binnenmarkt anwendbar.³⁹

Abzugrenzen ist die Grenzbeschlagnahme von anderen Rechtsbehelfen des Zivil- und Strafrechts zur Verhinderung von Schutzrechtsverletzungen, deren Vorbereitung sie dient. Zivilrechtlicher Schutz ist in aller Regel das effektivste Mittel der Rechtsdurchsetzung. Im Hauptsacheverfahren hat der Rechteinhaber Anspruch auf Unterlassung, Auskunft, Vernichtung, Schadensersatz und Urteilsbekanntmachung.⁴⁰ Im Rahmen des zivilrechtlichen einstweiligen Rechtsschutzes dienen insbesondere die einstweilige Sicherstellung und die Anordnung vorläufiger Maßnahmen, unter Entbehrlichkeit der Abmahnung, dem vorläufigen Schutz geistigen Eigentums.⁴¹ Beim grenzüberschreitenden Handel bestehen aber insbesondere bei der Beschaffung von Informationen und Beweismitteln Schutzlücken, da die zivilprozessualen Möglichkeiten zur Herausgabe von Beweismitteln in Deutschland nur schwach ausgeprägt sind. Diese Schutzlücken können im Rahmen der Grenzbeschlagnahme als zusätzliche vorläufige Maßnahme teilweise geschlossen werden.⁴²

Der strafrechtliche Schutz war nach der früher vorherrschenden Auffassung vorrangiges Sanktionsmittel,⁴³ ist aber nach heutiger Auffassung in der praktischen Bedeutung nachrangig.⁴⁴ Strafrechtlicher Schutz wird zumeist nur dann begehrt, sofern der Verletzte nicht über ausreichend Beweismittel zur Glaubhaftmachung im Eilverfahren verfügt oder mit einer falschen Auskunft abgefertigt wird und deshalb einschlägige Belege und Beweismittel sichern möchte.⁴⁵

³⁶ Verordnung (EWG) Nr. 2913/92 des Rates vom 12. Oktober 1992 zur Festlegung des Zollkodex der Gemeinschaften, Abl. EG Nr. L 302 vom 19. 10. 1992.

³⁷ Vgl. Scherbauer (Fn. 15), S. 86 ff.

³⁸ Hoffmeister/Harte-Bavendamm (Fn. 25), S. 162.

³⁹ S.u. III.1.

⁴⁰ Dazu Hoffmeister/Harte-Bavendamm (Fn. 25), S. 82 ff.; anders als im Rahmen der Grenzbeschlagnahme können zivilrechtlich auch noch nicht formell geschützte Schutzrechte über das Wettbewerbsrecht Anspruchsgegenstand sein, S. 88 f.

⁴¹ Hoffmeister/Harte-Bavendamm (Fn. 25), S. 128 ff.

⁴² Hoffmeister/Harte-Bavendamm (Fn. 25), S. 77 f.

⁴³ Vgl. v. Gravenreuth, GRUR 1983, 349 ff.

⁴⁴ Hoffmeister/Harte-Bavendamm (Fn. 25), S. 81; aufgrund der Territorialität der Schutzrechtsverletzungen ist eine Strafverfolgung häufig nicht möglich, das spezifische Verhalten im Herkunftsland bisweilen nicht strafbar oder das Strafverfahren auch im Inland zu langwierig; siehe auch Kröger/Bausch (Fn. 10), S. 327 mit Beispielen aus der Praxis.

⁴⁵ Vgl. Hoffmeister/Harte-Bavendamm (Fn. 25), S. 81. Materiell kommen im Strafrecht entweder eine nach den besonderen Vorschriften strafbare Schutzrechtsverletzung (§ 143 MarkenG, § 142 PatG, § 14 GeschmMG, § 10 HalblSchG, § 25 GebrMG) oder eine Verletzung allgemeinen Strafrechts (§§ 263,

Bei der Grenzbeschlagnahme handelt es sich dagegen um eine präventive Maßnahme des öffentlichen Rechts zur Sicherung dieser zivil- und strafrechtlichen Ansprüche sowie der jeweiligen Beweismittel und zur Bereitstellung eines vereinfachten Verfahrens als Ersatz für ein gerichtliches Verfahren, welches aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen aussichtslos oder zu langwierig sein kann. Sie ist damit ein ergänzendes Schutzmittel, welches die Ausübung der Ansprüche erst ermöglichen soll. Diese rechtliche Einordnung wird insbesondere für die Rechtsschutzmöglichkeiten der Beteiligten relevant.

IV. Die neue europäische Produktpiraterieverordnung (VO (EG) Nr. 1383/2003)

Die Verordnung (EG) Nr. 1383/2003 vom 22. Juli 2003 über das Vorgehen der Zollbehörden gegen Waren, die im Verdacht stehen, bestimmte Rechte geistigen Eigentums zu verletzen, und über die Maßnahmen gegenüber Waren, die erkanntermaßen derartige Rechte verletzen, ist am 1. Juli 2004 in Kraft getreten.⁴⁶

Ihr Hauptzweck besteht darin, die Verfahrensregelungen der Grenzbeschlagnahme in den Mitgliedsstaaten weiter zu vereinheitlichen, insbesondere hinsichtlich der Antragstellung, Geltungsdauer, Sicherheitsleistung und der Kosten.⁴⁷ Dabei soll vor allem die Funktionsweise verbessert werden und der Katalog der umfassten Schutzrechte nochmals erweitert werden.⁴⁸ Kernstück ist das in Art. 11 PPVO vorgesehene vereinfachte Verfahren, welches die Mitgliedsstaaten in ihrem nationalen Recht unter Beachtung der in der Verordnung vorgegebenen Mindestvorgaben umsetzen können.⁴⁹ Dieses soll eine flexiblere Handhabung der Vernichtung von Waren ohne Einleitung eines Verfahrens auf Feststellung, ob ein Recht auf geistiges Eigentum nach den Vorschriften des jeweiligen Mitgliedsstaats verletzt ist, gewährleisten.⁵⁰ Die Grenzbeschlagnahme soll dem Rechteinhaber darüber hinaus die zeitliche Möglichkeit geben, die Waren auf eine Rechtsverletzung hin zu untersuchen.⁵¹

1. Anwendungsbereich der Produktpiraterieverordnung

Nach Art. 1 PPVO findet die Verordnung Anwendung auf Waren, die in den Regelungsbereich der Art. 1 und 2 PPVO fallen, das heißt Waren, die in die Gemeinschaft importiert oder aus ihr exportiert werden und verdächtig sind, bestimmte geistige Schutzrechte zu verletzen. Sie ist als Verordnung verbindlich sowie unmittelbar anwendbar und geht nach Art. 249 Abs. 2 S. 2 EGV den mitgliedstaatlichen Vorschriften vor.⁵²

266, 257, 258, 267 StGB etc.) in Betracht. Rechtsfolgen sind Freiheits- und Geldstrafe, Einziehung, Verfall und gegebenenfalls ein Berufsverbot.

⁴⁶ Die Verordnung (EG) Nr. 1383/2003 enthält keinerlei Übergangsvorschriften bezüglich des Inkrafttretens beziehungsweise des Außerkrafttretens der Verordnung (EG) Nr. 3295/94.

⁴⁷ Vgl. Erwägungsgrund 6 der PPVO.

⁴⁸ Hoffmeister/Böhm: Kehren neue Besen gut?, in: Spiring/Ehlers (Hg.), Festschrift für Günther Eisenführ, 2003, S. 161, 163 f.; Hermsen, Mitt. 2006, 261, 262.

⁴⁹ In Deutschland noch nicht umgesetzt und von den Zollbehörden auch noch nicht angewandt; jedoch Beschluss des Bundestages vom 11. 4. 2008 zur Umsetzung der Enforcement-Richtlinie und damit baldige Anwendung vorgesehen; s.u. VI.

⁵⁰ Vgl. Erwägungsgrund 9 der PPVO.

⁵¹ Vgl. Erwägungsgrund 5 und 7 der PPVO.

⁵² v. Welser, EWS 2005, 202, 203.

a) Erweiterter Katalog der Schutzrechte

Die Verletzung des Schutzrechts muss nach Art. 2 Abs. 1 PPVO entweder Gemeinschaftsschutzrechte oder nach den Rechtsvorschriften des Mitgliedsstaats geschützte Rechte betreffen. Gemäß Art. 2 PPVO kann ein Antrag auf Grenzbeschlagnahme nunmehr wegen Verletzungen von eingetragenen Marken, Geschmacksmustern, Urheberrechten, Patenten, ergänzenden Schutzsertifikaten, Ursprungsbezeichnungen, geographischen Herkunftsangaben und Sortenschutzrechten gestellt werden.⁵³ Für den Pharmabereich sind vor allem die Verletzung von Marken, Patenten und ergänzenden Schutzsertifikaten relevant.

b) Betroffene Produkte

Anwendbar ist die Verordnung nach Art. 2 Abs. 1 a) i) PPVO auf „nachgeahmte Waren“ und nach Art. 2 Abs. 1 b) PPVO auf „unerlaubt hergestellte Waren“. Im Bereich der nachgeahmten Waren sind nach Art. 2 Abs. 1 a) ii) PPVO ausdrücklich auch Kennzeichnungsmittel erfasst.

c) Aufgriffstatbestände: Grenzbezug zur EU

Die neue Produktpiraterieverordnung regelt den Im- und Export von Waren an den Grenzen der EU. Ausgenommen sind der Binnenverkehr, Parallelimporte, Reisegepäck und die Durchfuhr von Waren. Diese sind in den nationalen Vorschriften von der Grenzbeschlagnahme erfasst.⁵⁴

aa) Keine Anwendung auf innergemeinschaftlichen Warenverkehr

Nicht zum Geltungsbereich des Art. 1 PPVO gehört der innergemeinschaftliche Warenverkehr an den Binnengrenzen. Die Grenzbeschlagnahme im innergemeinschaftlichen Warenverkehr durch so genannte Hinterlandkontrollen ist nur von den nationalen Vorschriften erfasst. Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Warenverkehr wird aber das jüngst verabschiedete Umsetzungsgesetz zur Durchsetzungs-Richtlinie haben, das eine gewisse Angleichung der nationalen Vorschriften an die Grenzbeschlagnahme nach der Verordnung bezweckt.⁵⁵

bb) Keine Anwendung auf Parallelimporte

Ebenfalls nicht anwendbar ist die Verordnung nach Art. 3 Abs. 1 PPVO auf Waren, die mit Zustimmung des Rechteinhabers hergestellt worden sind, sich jedoch ohne Zustimmung des Rechteinhabers in einen Mitgliedsstaat ein- oder ausgeführt werden sollen. Damit werden folglich so genannte Parallel- und Grauimporte ausgenommen.⁵⁶ Nach überwiegender Auffassung und nach Erfahrungen aus der Praxis ist die Verordnung in diesem

⁵³ Nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung fallen Gebrauchsmuster und Topographien sowie nicht eingetragene Marken und Geschäftsbezeichnungen, vgl. *Hermesen* (Fn. 48), S. 262; deren Schutz durch ein Grenzbeschlagnahmeverfahren richtet sich nach § 9 HalbschG bzw. § 25a GebrMG.

⁵⁴ Vgl. *Hermesen* (Fn. 48), S. 262.

⁵⁵ S. u. V.

⁵⁶ *Hoffmeister/Böhm* (Fn. 25), S. 167; a.A. noch BFH, Urteil vom 5. 10. 1999, Az.: VII R. 88-98432, DStRE 2000, 431, mit Rückgriff auf die nationalen Vorschriften; vgl. *Hermesen* (Fn. 48), Parallelimporte sind Importe von Waren, die vom Rechteinhaber oder Lizenznehmer im Ausland in den Verkehr gebracht wurden. Damit tritt Erschöpfung des Verbreitungsrecht ein, der als Einwand dem Rechteinhaber entgegenhalten werden kann. Die Erschöpfung erschreckt sich aber bei Inverkehrbringen in Drittländern nicht auf die EU, so dass die Einfuhr unzulässig ist. Vgl. dazu *v. Welser/González*, Marken- und Produktpiraterie Strategien und Lösungsansätze zu ihrer Bekämpfung, 2007, S. 169 m.w.N.

Bereich nicht abschließend, so dass auf die nationalen Vorschriften zurückgegriffen werden kann.⁵⁷ Die Produktpiraterieverordnung ist allerdings dann anwendbar, sofern die Waren nach Ablauf eines Lizenzvertrages importiert werden.⁵⁸

cc) Regelmäßig keine Grenzbeschlagnahme von persönlichem Reisegepäck

Vom Anwendungsbereich der Verordnung werden nach Art. 3 Abs. 2 PPVO, Art. 45 Abs. 1 ZollbefreiungsVO⁵⁹ auch Waren ohne kommerziellen Charakter ausgenommen, die sich im persönlichen Gepäck von Reisenden befinden, sofern keine konkreten Hinweise darauf vorliegen, dass die Waren Gegenstand gewerblichen Handels sind.⁶⁰ Durch das Abstellen auf das Kriterium des persönlichen und nicht kommerziellen Reisegepäcks anstatt einer mengenmäßigen Beschränkung werden folglich Kleinstmengen grundsätzlich nicht von der Grenzbeschlagnahme ausgenommen.⁶¹

Besondere Bedeutung hat diese Vorschrift insbesondere bei privaten Postsendungen, die nicht generell von der Anwendung der Verordnung befreit sind.⁶² Damit sind Postsendungen grundsätzlich Gegenstand der Grenzbeschlagnahme, sofern ein Hinweis auf kommerzielles Handeln vorliegt. Die Handhabung dieser Vorschrift wird nach den neueren Statistiken immer bedeutender und ist nach Aussagen der Kommission einer der Kernpunkte weiterer Schutzbestrebungen,⁶³ weil zur Vermeidung der Grenzbeschlagnahme gerade im Rahmen des Internethandels immer häufiger auf kleinere Postsendung zurückgegriffen wird. Die große Relevanz der Vorschrift wird deutlich, vergegenwärtigt man sich, dass mittlerweile bereits etwa die Hälfte aller aufgrund Internethandels versendeten Arzneimittel Fälschungen sind.⁶⁴

dd) Keine Anwendung auf Durchfuhr: Transit-Rechtsprechung des EuGH

Betroffen sind nach dem Wortlaut der Verordnung alle Tatbestände des Überführens in den zollrechtlichen freien Verkehr im Sinne einer Einfuhr, der Ausfuhr und der Wiederausfuhr. An diesem Auslegungsergebnis richtet sich auch die neuere Rechtsprechung des EuGH aus. Nach der Entscheidung in der Sache „Montex/Diesel“ des EuGH vom 9. 11. 2006 sind Waren, die sich in der EU nur im Transit, das heißt im externen Versand-

⁵⁷ Vgl. die Stellungnahmen aus dem Gesetzentwurf der Bundesregierung, Drucksache 16/5048, S. 34; *v. Welser* (Fn. 52), EWS 2005, 202, 203 m.w.N.; *v. Welser/González* (Fn. 56), S. 169.

⁵⁸ Vgl. zum Meinungsstand *v. Welser* (Fn. 52), S. 204 m.w.N.

⁵⁹ Verordnung (EWG) Nr. 918/83 des Rates vom 28. 3. 1983 über das gemeinschaftliche System der Zollbefreiungen, Abl. EG Nr. L 105 vom 23. 4. 1983.

⁶⁰ Derzeit nach Art. 47 ZollbefreiungsVO: Waren ohne kommerziellen Charakter, die sich im persönlichen Gepäck eines Reisenden befinden und der Warenwert aller mitgebrachten Waren nicht mehr als 175 Euro (Einkaufspreis im Urlaubsland). Problematisch ist diese Vorschrift im Rahmen des sog. „Ameisenverkehr“, bei dem regelmäßig nur ganz geringen Menge der Pirateriewaren über die Grenze verbracht werden. Die meisten Zollbehörde wenden diese Vorschrift deshalb sehr restriktiv an; da es sich aber um eine Regelvorschrift handelt, kommt es zu Abweichungen, vgl. Erfahrungsbericht der Kommission vom 15. Februar 1991, GRUR Int. 1991, 835; *Hoffmeister/Harte-Bavendam* (Fn. 25), S. 171; vgl. Art. 60 des TRIPS-Übereinkommens; für § 146 MarkenG: LG Düsseldorf, Mitt. 1996, 22.

⁶¹ *v. Welser* (Fn. 52), EWS 2005, 202, 205; anders die Möglichkeit der Ausnahme nach Art. 60 TRIPS-Übereinkommen.

⁶² Vgl. *v. Welser/González* (Fn. 56), S. 168 f.; anders Art. 60 TRIPS-Übereinkommen; eventuell sind diese Sendungen dann aber nur zum privaten Gebrauch im Sinne von Art. 3 Abs. 2 PPVO; jedoch kommt auch eine strafbare Handlung des Bannbruchs nach § 372 AO in Betracht.

⁶³ Vgl. Mitteilung der Kommission (Fn. 2), S. 8 ff.

⁶⁴ Vgl. auch zu den Erfahrungen in Österreich: Produktpirateriebericht 2006, Bericht an den Nationalrat über die Anwendung der EG-Produktpiraterie-Verordnung 2004 und des Produktpirateriegesetzes 2004 im Jahr 2006, Bundesministerium der Finanzen, S. 12, mit Verweis auf die vermehrte Versendung gefälschter Medikamente in Kleinstsendungen bis hin zu einem Herz-Kreislauf-Mittel, welches aus fein gemahlenem Ziegelstaub bestand.

oder Zolllagerverfahren nach Art. 91 ZK befinden, nicht beschlagnahmefähig, sofern nicht der Rechteinhaber konkrete Anhaltspunkte vorbringen kann, dass ein Inverkehrbringen im Transitstaat bevorsteht.⁶⁵ Der Gerichtshof hatte schon zuvor entschieden, dass der externe Versand von Nichtgemeinschaftswaren kraft Fiktion als Nichteinfuhr gilt und damit weder Einfuhrabgaben noch anderen handelspolitischen Maßnahmen unterliegt.⁶⁶ Gleiches gilt für Waren, die in einem Mitgliedsstaat rechtmäßig hergestellt sind und durch das Gebiet eines anderen Mitgliedsstaates in einen Drittstaat befördert werden.⁶⁷ Ferner ist die Verbringung von mit Marken versehenen Waren in die Gemeinschaft im Rahmen des externen Versand- oder des Zolllagerverfahrens keine Markenverletzung, wenn eine Einfuhr nicht notwendig impliziert ist.⁶⁸ Zu der Vorgängerverordnung hatte der EuGH ein Anhalten im Rahmen des Transits für möglich gehalten.⁶⁹ Folglich ist der Transit von Waren nicht vom Anwendungsbereich der Grenzbeschlagnahme im Sinne der Verordnung erfasst. Damit ist noch keine unmittelbare Aussage darüber getroffen, ob die bloße Durchfuhr eine Schutzrechtsverletzung darstellt, was nach dem Urteil des EuGH „Montex/Diesel“ allerdings zu verneinen sein soll. Eine Grenzbeschlagnahme nach der Verordnung scheidet jedenfalls aus.

2. Antragsverfahren: Vorbereitende Phase der Grenzbeschlagnahme

Typischerweise wird die Zollbehörde nach Art. 5 PPVO erst nach Stellung eines Antrags seitens des Rechteinhabers oder jeder anderen zur Nutzung des Rechts befugten Person tätig. Das Antragsverfahren hat sich in der Praxis als effektives Verfahren bewährt, weil es gegenüber einem Amtsverfahren den Vorteil aufweist, dass die Zollbehörden nicht das Prozessrisiko tragen und somit eine allgemeine Zurückhaltung mangels erforderlicher Fachkenntnisse weniger zu befürchten ist.⁷⁰

a) Form und Inhalt des Antrags

Form und Inhalt des Antrags sind in Art. 5 und 6 PPVO geregelt.

aa) Form des Antrags

Nach Art. 5 Abs. 5 PPVO soll ein Antrag mittels eines Formblattes gestellt werden. Die deutschen Zollbehörden sehen derartige, europaweite vereinheitlichte Vordrucke inzwischen vor. Der Antrag ist bei der Oberfinanzdirektion, Zentralstelle Gewerblicher Rechtsschutz, in München zu stellen.⁷¹

bb) Inhalt des Antrags

Der Antrag bezieht sich auf ein Tätigwerden der Zollbehörden in demjenigen Mitgliedsstaat, in dem der Antrag gestellt wird.

⁶⁵ EuGH, Urteil vom 9. 11. 2006, Rs. C-281/05, Diesel/Montex, GRUR 2007, 146; vgl. Vorlagebeschluss: BGH, Beschluss vom 2. 6. 2005, Diesel, GRUR 2005, 768; vgl. Umsetzung des Urteils des EuGH in BGH, Urteil vom 21. 3. 2007, Diesel II, GRUR 2007, 876; a.A. LG Hamburg, Urteil vom 2. 4. 2004, Az. 315 O 305/04; vgl. zum Ganzen: Heinze/Heinze, GRUR 2007, 740 ff.

⁶⁶ EuGH, Urteil vom 6. 4. 2000, Rs. C-383/98, Polo/Lauren, Slg. 2000, I-2519, Rn. 34.

⁶⁷ EuGH, Urteil vom 23. 10. 2003, Rs. C-115/02, Rioglass und Transremar, Slg. 2003, I-12705, Rn. 27, zu einer Durchfuhr von Waren aus Spanien durch Frankreich nach Polen.

⁶⁸ EuGH, Urteil vom 18. 10. 2005, Rs. C-405/03, Class International, Slg. 2005, I-8735, Rn. 50.

⁶⁹ EuGH, Urteil vom 7. 1. 2004, GRUR Int. 2004, 317, 319; EuGH, Urteil vom 6. 4. 2000, WRP 2000, 713, 715.

⁷⁰ Zur Kritik am Antragsverfahren, Scherbauer (Fn. 15), S. 207 m.w.N.

⁷¹ Der Antrag ist bei der Bundesfinanzdirektion Südost, Zentralstelle Gewerblicher Rechtsschutz (ZGR), Sophienstraße 6, 80333 München, zu stellen; dazu ist der Vordruck 0136 gem. Art. 5 Abs. 1 PPVO zu verwenden.

(1) Verdacht der Rechtsverletzung

Der Antrag muss Hinweise enthalten, die den Verdacht einer Rechtsverletzung begründen. Nicht jedes Schutzrecht eignet sich für ein Grenzbeschlagnahmeverfahren, da die Zollstelle mit hinreichender Sicherheit beurteilen können muss, ob der Verdacht einer Schutzrechtsverletzung vorliegt. Weiterhin muss gemäß Art. 5 Abs. 5 S. 2 PPVO im Antrag der Nachweis enthalten sein, dass der Antragsteller Inhaber des verletzten Schutzrechts ist. Für die Prüfung der Anträge haben die Zollbehörden 30 Arbeitstage Zeit. Die inhaltliche Wirksamkeit kann in dieser Zeit von der Behörde nicht überprüft werden.

(2) Erkennungshinweise

Dem Antrag müssen nach Art. 5 Abs. 8 PPVO ausreichende Erkennungshinweise beigefügt werden. Für die notwendigen Erkennungshinweise empfiehlt es sich etwa, Lizenznehmerlisten und Listen von bekannten Verletzern (sog. Negativlisten) sowie typische Gerätemerkmale zukommen zu lassen. Die Beifügung von Lizenzgewährungen eröffnet dem Anmelder den Einwand der Erschöpfung.⁷²

Weiter muss der Antrag Name und Adresse der vom Rechteinhaber benannten Kontaktperson enthalten (Art. 5 Abs. 5 PPVO). Die Erreichbarkeit der Kontaktperson ist für das Verfahren von entscheidender Bedeutung, da die Grenzbeschlagnahme die aktive Mitarbeit des Rechteinhabers erfordert und diese von den Zollstellen auch eingefordert wird.⁷³

(3) Haftungsübernahmeerklärung

Dem Antrag ist eine Haftungsübernahmeerklärung des Rechteinhabers für den Fall einer mangelnden Rechtsverletzung nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 PPVO beizufügen.⁷⁴ Ferner muss sich der Antragsteller nach Art. 6 Abs. 1 S. 2 PPVO über eine eventuelle Kostentragung für Einlagerung und Vernichtung von Waren im Rahmen einer zollamtlichen Überwachung nach Art. 9 PPVO erklären.⁷⁵ Auch sind gegebenenfalls die Kosten für eine Übersetzung des Antrags zu tragen.⁷⁶ Eine Sicherheitsleistung, wie dies nach der alten Produktpiraterieverordnung angeordnet war, ist dagegen nicht mehr notwendig.⁷⁷ Eine Bonitätsprüfung findet ebenso nicht statt.⁷⁸

cc) Aktualisierung des Antrags: konkrete Hinweise über bevorstehende Lieferungen

Der Antrag ist aus eigenem Interesse durch konkrete Hinweise zu aktualisieren. Zudem kann der Einsatz von Wirtschaftsdetektiven ratsam sein, um den Behörden entsprechende Hinweise über bevorstehende Lieferungen von Pirateriewaren zukommen zu lassen.⁷⁹ Die Erfahrungen mit Grenzbeschlagnahmefällen gerade im Pharmabereich haben gezeigt, dass der Erfolg von Verfahren oft auch auf Hinweise über konkret bevorstehende Lieferungen zurückzuführen ist.⁸⁰

⁷² Vgl. BGH, Urteil vom 14. 12. 1999, GRUR 2000, 299, 301.

⁷³ Cordes (Fn. 11), S. 485.

⁷⁴ Verpflichtungserklärung für einen Antrag nach Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1383/2003: Vordruck 0136; bzw. Verpflichtungserklärung für einen Antrag nach Art. 5 Abs. 4 VO (EG) Nr. 1383/2003: Vordruck 0135.

⁷⁵ Hoffmeister/Böhm (Fn. 25), S. 161, 166 f.; neu ist die Übernahme der Kosten für die Vernichtung.

⁷⁶ Hermen (Fn. 48), S. 263.

⁷⁷ Eine angemessene Sicherheitsleistung wäre nach Art. 53 TRIPS-Übereinkommen möglich.

⁷⁸ Kühnen/Geschke: Die Durchsetzung von Patenten in der Praxis – Von der Abmahnung bis zur Zwangsvollstreckung, 3. Aufl., 2008, S. 126.

⁷⁹ Cordes (Fn. 11), S. 485; Kröger/Bausch (Fn. 10), S. 323 für den Bereich des Arzneimittelrechts.

⁸⁰ Vgl. auch Kröger/Bausch (Fn. 10), S. 322.

b) Antragsberechtigung

Antragsberechtigt ist nach Art. 5 Abs. 1 PPVO der Inhaber des Schutzrechts sowie jede zur Benutzung und Wahrnehmung dieser Rechte befugte Person oder deren Vertreter (Art. 2 Abs. 2 b) PPVO). Als befugte Person ist demnach insbesondere der Lizenznehmer zu nennen.⁸¹ Die Berechtigung muss durch Abschriften der Schutzrechte sowie bei Nutzungsberechtigten durch Vorlage von Verträgen nachgewiesen werden (Art. 5 Abs. 5 PPVO).

Um die bereits erwähnte missbräuchliche Antragseinreichung (s. unter II.) zu vermeiden, wäre insbesondere bei Patentverletzungen daran zu denken, die Antragstellung auf eine Einreichung durch einen Rechtsanwalt zu beschränken. Als Organ der Rechtspflege nach § 1 BRAO ist der Rechtsanwalt Teil der Rechtsordnung und dem Richter und Staatsanwalt gleichgestellt und trägt damit die gleiche Verantwortung für die Verwirklichung des Rechtsstaates. Es soll damit zu erwarten sein, dass ein Rechtsanwalt, dem auch schon im Hinblick auf künftige Verfahren an seinem guten Ruf gelegen sein sollte, davor zurückschrecken wird, in offensichtlich unbegründeten Fällen einen Antrag auf Grenzbeschlagnahme zu stellen.

c) Art des Antrags: Gemeinschaftsweiter Antrag oder Einzelantrag

Der Antrag kann grundsätzlich als gemeinschaftsweiter Antrag (Art. 5 Abs. 4 PPVO) oder als Einzelantrag (Art. 5 Abs. 1 PPVO) gestellt werden. Ist der Antragsteller Inhaber einer Gemeinschaftsmarke, eines gemeinschaftlichen Geschmacksmusterrechts oder eines gemeinschaftlichen Schutzrechts an einer Ursprungsbezeichnung oder geographischen Angabe, so kann außer dem Tätigwerden der Zollbehörden des Mitgliedsstaates, in dem der Antrag gestellt wird, auch das Tätigwerden der Zollbehörden eines anderen oder mehrerer anderer Mitgliedsstaaten beantragt werden. Für Patente und ergänzende Schutzzertifikate ist ein gemeinschaftsweiter Antrag, anders als es sich aus dem offiziellen Antragsformular ergibt, nicht möglich.⁸²

Aus Kostengründen oder falls das Schutzrecht nicht das gesamte Gebiet der EU abdeckt, können Einzelanträge nach Art. 5 Abs. 1 PPVO gestellt werden. Dabei sollten die Anträge aus praktischen Erwägungen heraus auf die jeweiligen Hauptabsatzgebiete gerichtet werden. Ferner können gleichfalls die Kosten der Rechtsverfolgung in den jeweiligen Ländern Kriterien für die Stellung eines Antrags sein.⁸³

d) Entscheidung der Behörde über den Antrag

Die zuständige Zolldienststelle entscheidet nach Art. 8 PPVO über den Antrag. Sie setzt dabei den Zeitraum des Tätigwerdens der Zollbehörden fest und fordert gegebenenfalls Zusatzinformationen vom Antragsteller an (Art. 8 Abs. 2 S. 4 PPVO).

aa) Entscheidungsfrist und Kosten

Gemäß Art. 5 Abs. 7 PPVO hat die zuständige Zolldienststelle dem Antragsteller ihre Entscheidung innerhalb von 30 Arbeitstagen nach Erhalt des Antrags schriftlich mitzuteilen.

⁸¹ Vgl. Kühnen/Geschke (Fn. 78).

⁸² Man sollte sich übrigens nicht dadurch täuschen lassen, dass in dem offiziellen Formular für einen gemeinschaftsweiten Antrag auch erweiterte Schutzzertifikate als Anspruchsgrundlage nennt. Dabei handelt es sich um einen Druckfehler. Wie sich aus Art. 5 Abs. 4 PPVO ergibt, kann ein Gemeinschaftsantrag nicht basierend auf einem ergänzenden Schutzzertifikat gestellt werden. Für europäische Patente gilt selbstredend das Gleiche.

⁸³ In Deutschland, den Niederlanden und Frankreich sind die Kosten moderat; das Schutzsystem in Großbritannien ist effektiv aber relativ teuer; die Schwächen des italienischen Systems wurde durch die Einrichtung spezialisierter Gerichte teilweise aufgefangen; vgl. Cordes (Fn. 11), S. 485.

Eine Gebühr für die Bearbeitung des Antrags durch die Zollbehörden wird nicht erhoben.⁸⁴

bb) Verkürzte Gültigkeitsdauer des bewilligten Antrags

Der Zeitraum für das Tätigwerden der Zollbehörden wird auf höchstens ein Jahr festgesetzt, er kann auf Antrag des Rechteinhabers gegebenenfalls um ein weiteres Jahr verlängert werden.⁸⁵ Gegenüber dem nationalen Recht und der Vorgängerverordnung stellt dies eine Verkürzung dar.⁸⁶ Dem Betroffenen entsteht hierdurch zwar gegebenenfalls ein gewisser Mehraufwand,⁸⁷ die Laufzeitverkürzung verhindert aber auch, dass die Zollbehörden mit nicht mehr aktuellen Anträgen belastet werden. Es empfiehlt sich aus der Sicht des Antragstellers eine effektive Fristenkontrolle einzurichten. Ziel der Regelung ist es, dass der Rechteinhaber bei jeder erneuten Antragstellung sachdienliche Hinweise liefert und somit mit aktuelleren Informationen die Effizienz der Behörden gesteigert werden kann. Die statistischen Zahlen über die europaweite Grenzbeschlagnahme deuten jedenfalls darauf hin, dass dieses Ziel auch in der Praxis erreicht werden kann. Positiv anzumerken ist, dass die Antragstellung keine Verwaltungsgebühr mehr erfordert. Die Zollbehörde leitet in der Folge die Anträge an die Zollstellen weiter.

cc) Ausnahmefall: Tätigwerden der Zollbehörde ex officio nach Art. 4 Abs. 1 PPVO

In Ausnahmefällen kann die Zollbehörde auch *ex officio* tätig werden (Art. 4 Abs. 1 PPVO), wenn sich eine Situation ergibt, in der der hinreichend begründete Verdacht besteht, dass Waren ein gewerbliches Schutzrecht verletzen. Die bisherige Praxis hat gezeigt, dass die häufige Ablehnung solcher Anträge nicht auf die mangelnde Übermittlung der Informationen durch die Behörden zurückzuführen ist, sondern schlichtweg am mangelnden Interesse des Rechteinhabers scheiterte.⁸⁸ In Patentsachen, wie etwa im Bereich von Generika im Pharmabereich, erscheint ein solches Tätigwerden von Amts wegen nahezu ausgeschlossen, da bei den zuständigen Behörden selten ausreichend Kenntnis vorhanden ist, um ohne vorherige Antragstellung tätig zu werden.⁸⁹

3. Beschlagnahmeverfahren: Tätigwerden der Zollbehörde bei Verdacht

Ab dem Zeitpunkt der Einfuhr von Waren in das Zollgebiet der Gemeinschaft unterliegen diese nach Art. 37 Abs. 1 Satz 1 ZK der zollamtlichen Überwachung.⁹⁰ Der Anmelder hat dabei nach Art. 58 Abs. 1 ZK ein Wahlrecht, welche zollrechtliche Bestimmung er der Ware geben will, welches aber nach Absatz 2 durch gewisse Beschränkungen und Verbote verkürzt wird. Ein solches Verbot stellt etwa Art. 16 PPVO auf, wonach eine Einfuhr von Waren, bei denen eine Rechtsverletzung nach Art. 9 PPVO festgestellt wurde, unzulässig ist. Diese zollrechtliche Bestimmung des Anmelders ist für die Grenzbeschlagnahme nur im Fall der Durchfuhr relevant.⁹¹

Nach Art. 9 Abs. 1 PPVO wird die Zolldienststelle auf „Verdacht“ einer Schutzrechtsverletzung tätig. Das Kriterium ist damit gegenüber der „Offensichtlichkeit“ der Grenzbeschlagnahme nach nationalem Recht abgeschwächt (vgl. § 142a PatG). Ein Verdacht liegt vor, wenn eine Schutzrechtsverletzung überwiegend wahrscheinlich ist. Dieses Kri-

⁸⁴ Dies war nach der Vorgängerregelung des Art. 3 Abs. 4 EG-VO 3295/94 noch nicht der Fall.

⁸⁵ Hermsen (Fn. 48), S. 262.

⁸⁶ Bei der alten Verordnung (EG) Nr. 3295/94 betrug die Gültigkeitsdauer zwei Jahre; kritisch hinsichtlich der Verkürzung: Hermsen (Fn. 48), S. 266.

⁸⁷ Hermsen (Fn. 48), S. 262.

⁸⁸ Hoffmeister/Böhm (Fn. 48), S. 168.

⁸⁹ Vgl. Hendrick/van Woortman, Patent World 2006, 16, 18.

⁹⁰ Vgl. Hermsen (Fn. 48), S. 263 m.w.N.

⁹¹ Vgl. EuGH (Fn. 68); MarkenR 2005, Rn. 48 ff.

terium ist bewusst weit gefasst, um den Grenzbehörden ein effektives Eingreifen zu ermöglichen.

Gleichzeitig liegen hier vor allem im Pharmabereich einige der Problempunkte der Grenzbeschlagnahme. Denn bei der Einfuhr von Arzneimitteln kann sowohl eine ungerechtfertigte Einföhrung als auch die ungerechtfertigte Grenzbeschlagnahme einen nachträglich durch Zahlung von Schadensersatz kaum wiedergutzumachenden Schaden begründen. Gleichwohl wird es bei Patenten der zuständigen Behörde in der Regel kaum möglich sein, dies zu überprüfen. Bei Stoffen, die nur als unmittelbare Verfahrensprodukte gemäß § 9 Abs. 3 PatG beziehungsweise Art. 64 Abs. 2 EPÜ geschützt sind, kann der Nachweis durch die Zollbehörden nahezu unmöglich sein. Deshalb ist es zu empfehlen, insbesondere in technisch oder rechtlich komplizierten Fällen, die Abfertigungsbeamten umfassend über die Einzelheiten des betroffenen Produktes und dessen Erkennungshinweise aufzuklären, anhand derer sich potentielle Piraterieware von Originalware unterscheiden lässt, um die damit befassten Zollbeamten in die Lage zu versetzen, die patentverletzenden Waren zu erkennen. Die Erfahrung hat gezeigt, dass die Zollbehörden sich nach vorangegangener Aufklärung oder gar Anleitung sehr viel intensiver mit dem Thema Grenzbeschlagnahme und der Patentverletzung im Einzelfall auseinandersetzen und dadurch die Aufgriffszahlen generell erhöht werden.

a) Aussetzung der Überlassung (AdÜ) und Zurückhaltung

Stößt die Zolldienststelle, nachdem sie einem Antrag stattgegeben hat, nun auf Waren, die den Verdacht begründen, ein geistiges Eigentumsrecht zu verletzen, so setzt sie die Überlassung dieser Waren aus oder hält diese Waren zurück (Art. 9 Abs. 1 VO). Gegebenfalls hört sie den Antragsteller zur Feststellung des Verdachts an. Dabei wird in der Praxis die angegebene Kontaktperson telefonisch verständigt. Eine Aussetzung der Überlassung wird ausgesprochen, wenn eine Zollanmeldung angenommen wurde. In allen anderen Fällen erfolgt eine Zurückhaltung. Die tatsächlichen Folgen der beiden Maßnahmen sind identisch. Ferner wird der Anmelder oder Besitzer über das Tätigwerden informiert (Art. 9 Abs. 2 PPVO).

b) Unterrichtung und Geheimhaltungspflichten

Einen entscheidenden Verfahrensschritt im Rahmen des Beschlagnahmeverfahrens stellt die Unterrichtung des Rechteinhabers von der Beschlagnahme dar, wodurch ihm Geheimhaltungspflichten auferlegt werden.

aa) Unterrichtung des Rechteinhabers durch die Zollstelle

Die Zollstelle, die diese Maßnahme unternommen hat, unterrichtet nach Art. 9 Abs. 2 PPVO unverzüglich die zuständige Zolldienststelle, die den Antrag auf Tätigwerden bearbeitet hat. Eine der Stellen informiert sodann den Rechteinhaber sowie den Anmelder oder den Besitzer der Waren von ihrem Tätigwerden im Sinne des Art. 38 ZK. Dabei dürfen schon erste Angaben zur Art und Menge der Ware mitgeteilt werden. Auf Antrag werden dem Rechteinhaber nach Art. 9 Abs. 3 PPVO zusätzliche Angaben zum Anmelder, Versender oder Empfänger sowie zu Ursprung und Herkunft der Waren mitgeteilt. Um das weitere Verfahren zu erleichtern und für nachfolgende Analysezwecke, kann die Zollbehörde ebenso auf einen Antrag des Rechteinhabers hin Muster und Proben zur Verfügung stellen, welche nach Abschluss der technischen Analyse soweit möglich zurückgegeben werden müssen.⁹² Gerade im Arzneimittelbereich ist die Analyse von solchen Proben unerlässlich, um eine Schutzrechtsverletzung prüfen und nachweisen zu

⁹² Hoffmeister/Böhm (Fn. 48), S. 169.

können.⁹³ Häufig wird in der Praxis die Erlangung solcher Proben notwendig sein, um ein Patentverletzungsverfahren einleiten und führen zu können.

Der Rechteinhaber kann entsprechende Zusatzanträge entweder für jeden Fall separat bei der jeweils zuständigen Zollstelle oder auch als nachträgliche generelle Anträge stellen.⁹⁴ Mit einem solchen Generalantrag entlastet sich der Antragsteller, da er dann nicht jeweils im Einzelfall die konkreten Daten anfordern muss.⁹⁵ Diese Angaben wird der Rechteinhaber meist für die Anordnung weiterer einstweiliger Verfügungen benötigen. Sowohl der Rechteinhaber als auch die von der Beschlagnahme betroffene Person haben dann nach Art. 9 Abs. 3 S. 2 PPVO das Recht, die festgehaltenen Waren zu inspizieren.⁹⁶ Dabei sind grundsätzlich die Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse des Anmelders oder Besitzers sowie dessen personenbezogenen Daten zu wahren (Art. 9 Abs. 3 PPVO). Nach der Rechtsprechung des EuGH zur Vorgängerverordnung ist diese gegenüber den nationalen Datenschutzbedingungen vorrangig.⁹⁷

bb) Verwendung der Daten durch den Rechteinhaber

Die Übermittlung dieser Daten verpflichtet den Rechteinhaber zur Umsetzung der weiteren, im Folgenden dargestellten Verfahrensschritte (vgl. Art. 9 Abs. 3 S. 1, Art. 12 S. 1 PPVO). Er darf nach Art. 12 PPVO die Daten nur zur Umsetzung des von der Verordnung vorgesehenen Verfahrens verwenden.⁹⁸ Jegliche anderweitige Nutzung kann nach Art. 12 S. 2 PPVO zur Aussetzung oder Nichtverlängerung des Antrags oder zu zivilrechtlicher Haftung führen. Dabei ist problematisch, ob der Rechteinhaber die erlangten Informationen einsetzen darf, um sich mit dem vermeintlichen Rechtsverletzer gütlich zu einigen.⁹⁹ Betrachtet man den Zweck dieser Vorschrift, so soll diese nicht nur die Handlungsmöglichkeiten des Antragstellers einschränken, sondern auch den Verbraucher schützen. Eine gütliche Einigung über das schutzrechtsverletzende Produkt ist somit nach überwiegender Auffassung nicht möglich.¹⁰⁰ Dafür spricht auch, dass ein Missbrauch der Grenzbeschlagnahme zur Druckausübung und zur Verwendung zu anderen Zwecken als die Feststellung einer Rechtsverletzung und Vernichtung der Produkte vermieden werden soll. Im Rahmen der Herstellung inhaltsgleicher und zugelassener Generika wäre jedoch eine gütliche Einigung unter Zahlung einer Lizenzgebühr denkbar, da in diesem Fall dem Verbraucherschutz bereits durch die gesetzlichen Zulassungsvorschriften Rechnung getragen wird.

4. Feststellungsverfahren: Entscheidung über Rechtsverletzung nach Art. 10 PPVO

Die Entscheidung darüber, ob tatsächlich ein geistiges Eigentumsrecht verletzt wird, richtet sich nach den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften (Art. 10 PPVO). Dabei sind die Zollstellen nur die für die Grenzbeschlagnahme, nicht aber die für die Aufrechterhaltung der Beschlagnahme und das weitere Verfahren zuständige Behörde. Anders als bei der

⁹³ Vgl. Kröger/Bausch (Fn. 10), S. 324.

⁹⁴ Auf Antrag kann dem Antragsteller Name und Anschrift des Empfängers, des Versenders, des Anmelders oder des Besitzers der Waren sowie der Ursprung und die Herkunft der Waren mitgeteilt werden. Zudem kann die Übersendung von Mustern und Proben beantragt werden. Dazu kann der Antrag „Zusatzanträge zum Antrag auf Tätigwerden der Zollbehörden gem. Art. 5 VO (EG) Nr. 1383/2003“ (Vordruck 0133) verwendet werden.

⁹⁵ Vgl. Hermsen (Fn. 48), S. 264.

⁹⁶ Ein Inspektionsrecht steht allen Betroffenen einer Beschlagnahmesituation im Sinne von Art. 1 Abs. 1 PPVO zu, so auch dem Frachtführer, vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 29.11.2007, Az.: I-2 U 51/06.

⁹⁷ EuGH, Urteil vom 14.10.1999, Rs. C-223/98, Adidas, Slg. 1999 I-7081, NJW 2000, 2337.

⁹⁸ Hoffmeister/Böhm (Fn. 48), S. 169.

⁹⁹ Vgl. Hoffmeister/Böhm (Fn. 48), S. 169.

¹⁰⁰ Vgl. Hoffmeister/Böhm (Fn. 48), S. 161, 170; v. Welser (Fn. 52), S. 206.

alten Verordnung wird nunmehr eine Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens zur Feststellung der Rechtsverletzung oder ein vereinfachtes Verfahren notwendig.¹⁰¹ Den Zollbehörden obliegt nur noch die Aufgabe des Anhaltens im Verdachtsfall. Denn die Feststellung der Rechtsverletzung betrifft hier nur das Aufgreifen und Anhalten verdächtiger Ware (Art. 9 Abs. 1 PPVO).

Den weiteren Verfahrensgang bestimmt weitgehend der Rechteinhaber. Diesem stehen zwei Möglichkeiten zur Verfügung, wie er das Verfahren in der Folge weiter gestalten kann. Zum einen bietet sich das vereinfachte Verfahren nach Art. 11 der Verordnung in Verbindung mit den nationalen Vorschriften an, wonach die Produkte gegebenenfalls ohne gerichtliches Verfahren vernichtet werden können. Zum anderen kann nach dem „konventionellen“ Verfahren zunächst eine gerichtliche Entscheidung herbeigeführt werden, in deren Anschluss gegebenenfalls die Waren vernichtet werden können (Art. 13 PPVO). Der vermeintliche Rechtsverletzer kann andererseits im Fall einer gerichtlichen Feststellung der Rechtsverletzung die Freigabe der Waren gegen Sicherheitsleistung erwirken (Art. 14 PPVO).

Reagieren muss auf jeden Fall zuerst der SchutzRechteinhaber. Führt das vereinfachte Verfahren nicht zum Erfolg und leitet der SchutzRechteinhaber innerhalb der in Art. 13 PPVO genannten Fristen auch kein gerichtliches Verfahren ein, so sind die Waren ohne Sicherheitsleistung freizugeben.

a) Vereinfachtes Verfahren nach Art. 11 PPVO

In den Erwägungsgründen zur Verordnung findet sich in Nr. 9 die Überlegung, dass die einzelnen Staaten ein flexibleres Verfahren vorsehen sollen, nach dem Waren, die bestimmte geistige Eigentumsrechte verletzen, vernichtet werden können, ohne dass ein Verfahren zur Feststellung, ob ein geistiges Eigentumsrecht nach den Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedsstaates verletzt ist, eingeleitet werden muss. Dieser Erwägungsgrund findet in der Vorschrift des Art. 11 PPVO seine Umsetzung.

Darin überlässt man es zunächst den Mitgliedsstaaten, ob diese ein vereinfachtes Verfahren vorsehen wollen.¹⁰² Die Durchführung eines vereinfachten Verfahrens nach Art. 11 PPVO ist in Deutschland derzeit noch nicht möglich, da Deutschland von der in der PPVO enthaltenen Ermächtigung der Mitgliedsstaaten, ein vereinfachtes Verfahren vorzusehen, keinen Gebrauch gemacht hat. Die Oberfinanzdirektion hat in einem Rundschreiben vom 25.10.2004 informiert, dass das vereinfachte Verfahren in Deutschland noch nicht gangbar ist.¹⁰³ Unmittelbar nach Inkrafttreten des Umsetzungsgesetzes wird dieses nach Aussagen der Zentralstelle für Gewerblichen Rechtsschutz aber anwendbar sein.¹⁰⁴

Für die Übergangszeit ist es aber ausreichend, dass der Anmelder bei der Zollbehörde die Vernichtung der schutzrechtsverletzenden Waren und die Aufhebung der Zollanmeldung beantragt (Art. 66, 182 ZK).¹⁰⁵ Damit wird vermieden, dass ein gerichtliches Verfah-

¹⁰¹ Zum alten Recht vgl. *Hoffmeister/Harte-Bavendamm* (Fn. 25), S. 173: die Zollbehörden konnten über das Vorliegen einer Rechtsverletzung im Sinne des Grenzbeschlagnahmeverfahrens entscheiden; a.A. in OLG München, WRP 1997, 975 ff.

¹⁰² Wortlaut des Art. 11 Abs. 1 PPVO: „... können die Mitgliedsstaaten gemäß ihren innerstaatlichen Rechtsvorschriften ein vereinfachtes Verfahren vorsehen, ...“

¹⁰³ Vgl. *Hermesen* (Fn. 48), S. 264 m.w.N.; vgl. die Anweisungen an die Praxis durch den deutschen Zoll: <http://www.zoll.de/b0.zollund.steuern/d0.verbote.und.beschraenkungen/f0.gew.rechtsschutz/a0.marken.piraterie/b0.grenzbeschlagnahme/a0.beschlagnahme/index.html> (letzter Abruf: 5. 5. 2008).

¹⁰⁴ S. u. V.

¹⁰⁵ Art. 66 Abs. 1 ZK ermöglicht es den Zollbehörden, eine bereits angenommene Erklärung auf Antrag ungültig zu erklären, sofern der Anmelder diese irrtümlich getätigt hat oder diese aufgrund besonderer Umstände nicht mehr gerechtfertigt ist; vgl. *v. Welser* (Fn. 52), S. 208.

ren eingeleitet werden muss. In der Praxis hat sich gezeigt, dass in aller Regel der Anmelder bereit ist, die entsprechende schriftliche Erklärung gegenüber dem Zoll abzugeben. Wird eine solche vom Rechteinhaber vorformuliert, wird diese auch von der Mehrheit der Anmelder unterschrieben.¹⁰⁶

Sofern die Mitgliedsstaaten ein derartiges Verfahren vorsehen, gibt Art. 11 PPVO gewisse Mindestvoraussetzungen vor:

Die Ware kann vernichtet werden, wenn innerhalb von zehn Arbeitstagen¹⁰⁷ oder im Fall leicht verderblicher Waren innerhalb von drei Arbeitstagen nach Eingang der Benachrichtigung von der Aussetzung der Überlassung gemäß Art. 9 PPVO der Rechteinhaber den Zollbehörden schriftlich mitteilt, dass die Waren, die Gegenstand des Verfahrens sind, ein in Art. 2 Abs. 1 PPVO genanntes geistiges Eigentumsrecht verletzen¹⁰⁸ und diesen Behörden die schriftliche Zustimmung des Anmelders, des Besitzers oder des Eigentümers der Waren zur Vernichtung der Waren übermittelt. Für die Zustimmung muss sich demnach der Rechteinhaber mit dem vermeintlichen Verletzer in Verbindung setzen und auf die Rechtsverletzung hinweisen.¹⁰⁹ Diese Zustimmung gilt als erteilt, wenn der Anmelder, der Besitzer oder der Eigentümer der Waren eine Vernichtung innerhalb der vorgeschriebenen Frist nicht ausdrücklich abgelehnt hat. Diese Frist kann gegebenenfalls um weitere zehn Arbeitstage verlängert werden. Damit gilt im Fall des Schweigens des Anmelders, Besitzers oder Eigentümers eine Zustimmungsfiktion.¹¹⁰

Die Vernichtung durch die Zollbehörden erfolgt nach Art. 11 Abs. 1 PPVO mit Zustimmung des Rechteinhabers, sofern die innerstaatlichen Rechtsvorschriften nichts anderes vorsehen, auf Kosten und auf Verantwortung des Rechteinhabers. Die Zollbehörde muss von den zurückgehaltenen Waren Proben oder Muster so aufbewahren, dass sie gegebenenfalls später in einem Gerichtsverfahren als Beweismittel Verwendung finden können. Wird also nur ein Stück sichergestellt, dann scheidet eine Vernichtung nach dieser Vorgabe wohl aus.

b) Regelmäßiges Verfahren nach Art. 13 PPVO

Widerspricht der Anmelder, Besitzer oder Eigentümer der Vernichtung im vereinfachten Verfahren, so findet immer die Regel des Art. 11 Abs. 2, 13 PPVO Anwendung. Wird ein gerichtliches Verfahren im Sinne von Art. 13 PPVO eingeleitet, werden die betroffenen Waren bis zum Abschluss des gerichtlichen Verfahrens zurückgehalten. Mit Einleitung des Hauptsacheverfahrens zur Feststellung der Schutzrechtsverletzung werden weitere Eilverfahren des Rechteinhabers unnötig.

Was mit der Einleitung des regelmäßigen Verfahrens im Sinne von Art. 13 PPVO gemeint ist, ist dem Wortlaut der VO nicht unmittelbar zu entnehmen, da Art. 10 PPVO eigentlich nur eine Regelung des internationalen Privatrechts ist. Sie enthält nur eine sehr begrenzte verfahrensrechtliche Komponente, die bestimmt, welches Recht auf die Mitteilung der Behörde nach Art. 9 PPVO Anwendung findet. Gemeint sein kann mit diesem Verweis in Abgrenzung zur Art. 11 PPVO wohl nur die Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens, mit dem Ziel festzustellen, ob eine Schutzrechtsverletzung vorliegt. So wird diese Regel auch von den Zollbehörden verstanden.

¹⁰⁶ Vgl. *Hermesen* (Fn. 48), S. 264; *v. Welser* (Fn. 52), S. 207.

¹⁰⁷ Arbeitstage sind nach Art. 2 Abs. 2 Fristen-VO alle Tage außer Feiertage, Sonntage und Sonnabende; Verordnung (EWG) Nr. 1182/1971 des Rates vom 3. 6. 1971 zur Festlegung der Regeln für die Fristen, Daten und Termine, Amtsblatt Nr. L 124 vom 8. 6. 1971, S. 1 ff.

¹⁰⁸ Nach *Hoffmeister/Böhm* (Fn. 48), S. 172 ist ein schriftliches Gutachten notwendig; der Wortlaut der Richtlinie sieht dies aber nicht vor.

¹⁰⁹ Vgl. *Hermesen* (Fn. 48), S. 263.

¹¹⁰ *Hermesen* (Fn. 48), S. 264; *v. Welser* (Fn. 52), S. 207.

Es ist umstritten, ob dies nur die Einleitung einer Schutzrechtsverletzungsklage oder auch eine einstweilige Verfügung sein kann. Die Rechtsprechung tendiert zur Notwendigkeit eines Hauptsacheverfahrens.¹¹¹ Gegen das Ausreichen einer einstweiligen Verfügung als gerichtliche Entscheidung im Sinne von Art. 13 PPVO wird angeführt, diese richte sich nur auf Sicherung und nicht auf Feststellung der Rechtsverletzung. Andererseits lässt die Verordnung dies offen; zudem hätte nach § 926 ZPO der vermeintliche Rechtsverletzer im Rahmen des einstweiligen Verfügungsverfahrens die Möglichkeit, das Hauptsacheverfahren zu erzwingen.

Für die Zulassung einer einstweiligen Verfügung als gerichtliche Entscheidung im Sinne von Art. 13 PPVO spricht hingegen, dass der Rechtsfrieden in Patentverletzungsverfahren meist schon durch eine einstweilige Verfügung wiederhergestellt ist und die Verdoppelung von Hauptsacheverfahren und einstweiliger Verfügung insbesondere aufgrund der sehr hohen Verfahrenskosten wirtschaftlich ungünstig ist. Denn der Rechteinhaber wird nach einer erfolgreichen Grenzbeschlagnahme primär ein Interesse daran haben, dass er möglichst schnell eine, wenn auch vorläufige, Feststellung der Patentverletzung erreichen kann. Reicht diese Verfügung im Ergebnis aus, um den Rechtsfrieden wiederherzustellen, wäre ein lang andauerndes Hauptsacheverfahren nicht notwendig.

Ausreichend muss auch ein Verfahren sein, das bereits vor der Grenzbeschlagnahme eingeleitet wurde und sich auf in der Art gleiche wie die beschlagnahmten Waren bezieht. Ein anderes Ergebnis wäre auch gar nicht denkbar, da der Einleitung eines weiteren Verfahrens der Einwand der anderweitigen Rechtshängigkeit entgegensteht (vgl. § 261 Nr. 3 ZPO). Teilt der Rechteinhaber der Zollbehörde nicht innerhalb von zehn Arbeitstagen nach Eingang der Benachrichtigung von der Aussetzung der Überlassung oder von der Zurückhaltung mit, dass er ein solches Verfahren eingeleitet hat, so wird die Überlassung der Waren bewilligt oder die Zurückhaltung aufgehoben, sofern die anderweitig erforderlichen Zollförmlichkeiten erfüllt sind (Art. 13 Abs. 1 PPVO). Diese Frist kann gegebenenfalls um höchstens zehn Arbeitstage verlängert werden (Art. 13 Abs. 1 S. 2 PPVO). Die Nichtverlängerung der Frist ist als Ermessensentscheidung der Zollbehörden mit der Beschwerde bei den Finanzgerichten angreifbar.¹¹² Im Regelfall wird eine solche Fristverlängerung von den Behörden genehmigt.

Im Pharmabereich kann in einer automatischen Fristverlängerung ein nicht unerheblicher Schaden des vermeintlichen Verletzers liegen. Deshalb sollte die Fristverlängerung nicht automatisch erfolgen, sondern nur nach sorgfältiger Abwägung der Belange der Betroffenen.

c) Reaktionsmöglichkeiten des Anmelders, Besitzers oder Eigentümers

Neben den verwaltungsrechtlichen und gerichtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Entscheidungen der Zollstellen¹¹³ hat der von der Grenzbeschlagnahme betroffene Importeur weitere Reaktionsmöglichkeiten auf das Beschlagnahmeverfahren.

aa) Widerspruch im vereinfachten Verfahren (Art. 11 PPVO)

Fordert der Rechteinhaber im vereinfachten Verfahren von dem Anmelder, Besitzer oder Eigentümer die Zustimmung zur Vernichtung, kann dieser der Vernichtung widersprechen. Da sein Schweigen als Zustimmungsfiktion nach Art. 11 Abs. 1 PPVO erster Spiegelstrich gilt, muss der Widerspruch ausdrücklich und innerhalb von zehn beziehungsweise

¹¹¹ LG Düsseldorf, Urteil vom 24.5.2007, Az.: 4a O 50/07, m.w.N.; a.A. Hermsen (Fn. 48), S. 264, die auch das einstweilige Verfügungsverfahren für ausreichend hält; vgl. auch Hoffmeister/Böhm (Fn. 25), S. 163; Art. 55 TRIPS-Übereinkommen.

¹¹² Vgl. FG Baden-Württemberg, Beschluss vom 29.3.2007, Az.: 11 V 12/07; s.u. III. 7.

¹¹³ S.u. III. 7.

drei Arbeitstagen erfolgen. Der Widerspruch zieht in jedem Fall die Notwendigkeit eines gerichtlichen Verfahrens gemäß Art. 13 PPVO nach sich (Art. 11 Abs. 2 PPVO).

bb) Abwendungsbefugnis: Freigabe gegen Sicherheitsleistung (Art. 14 PPVO)

Gemäß Art. 14 PPVO kann der Anmelder, der Eigentümer, der Einführer, der Besitzer oder der Empfänger der Ware Sicherheit leisten, um die Überlassung der betreffenden Waren oder die Aufhebung der Zurückhaltung zu erwirken, sofern die Waren nicht schon deshalb freizugeben sind, weil der Schutzrechteinhaber die Frist des Art. 13 PPVO versäumt hat und die befugte Stelle bei Ablauf dieser Frist keine Sicherungsmaßnahmen zugelassen hat.

Diese Abwendungsbefugnis gilt nach Art. 14 Abs. 1 PPVO nur für Geschmacksmusterrechte, Patente, ergänzende Schutzzertifikate oder Sortenschutzrechte, nicht aber für Marken und Urheberrechtsverletzungen. Grund für die Anwendung auf diesen Teil der Schutzrechte ist die schwerere Beweisbarkeit der Verletzung und das Interesse des Betroffenen an der Verfügbarkeit der Ware bis zur Feststellung.¹¹⁴

Voraussetzung für die Erreichung einer Freigabe gegen Sicherheitsleistung ist, dass ein Verfahren nach Art. 13 PPVO eingeleitet worden ist (Art. 14 Abs. 1 a) PPVO), keine gerichtlichen Sicherungsmaßnahmen zugelassen worden sind (Art. 14 Abs. 1 b) PPVO) und alle Zollförmlichkeiten erfüllt sind (Art. 14 Abs. 1 c) PPVO). Die zu stellende Sicherheit muss so bemessen sein, dass die Interessen des Rechteinhabers ausreichend geschützt sind.

(1) Position des Rechteinhabers vor Freigabe gegen Sicherheitsleistung

Das Interesse des Anmelders auf Freigabe gegen Sicherheitsleistung kollidiert mit dem Interesse des Rechteinhabers auf Durchsetzung seiner Schutzrechte durch Prüfung der Waren und Entscheidung über die Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens.

(2) Art der Sicherheitsleistung

Die Sicherheitsleistung ist durch Hinterlegung von Geld oder durch Bankbürgschaft zu bewirken. Die Bürgschaft muss zu Gunsten des Rechteinhabers hinterlegt sein (vgl. Art. 14 Abs. 2 PPVO). Die Bürgschaft kann nicht zugunsten der Staatskasse formuliert sein, da die Zollbehörden nur im Auftrag des Rechteinhabers handeln.

(3) Verfahren und Bestimmung der Höhe der Sicherheitsleistung

Wird die Freigabe gegen Sicherheitsleistung beantragt, ist dem Rechteinhaber rechtliches Gehör zu gewähren. Das rechtliche Gehör dient dem Rechteinhaber zur Stellungnahme im Hinblick auf die Höhe der Sicherheitsleistung. Der Rechteinhaber hat höchstens 30 Arbeitstage Zeit, bis die Ware gegen Sicherheitsleistung freigegeben wird (Art. 14 Abs. 2 S. 4 PPVO). Einigen sich die Parteien nicht über die Höhe der Sicherheitsleistung, ist diese im Wege der Schätzung analog § 287 ZPO zu ermitteln. Unsicherheiten gehen zu Lasten desjenigen, der die Freigabe begehrt.¹¹⁵ Grund dafür ist, dass es für den Patentverletzer nicht lohnender erscheinen darf, die Freigabe gegen eine möglicherweise geringfügige Sicherheitsleistung zu erreichen, als die Ware von vornherein lizenzieren zu lassen.

Nach Erwägungsgrund 10 der PPVO soll die Grenzbeschlagnahme auch der Abschreckung dienen. Dies muss bei der Bestimmung der Sicherheit berücksichtigt werden, weshalb bei der Schadensberechnung ein großzügiger Maßstab anzulegen ist. Bei der Schadensermittlung ist der entstandene Schaden im Wege der Lizenzanalogie, der Herausgabe des Verletzergewinns oder des konkreten Schadens des Beeinträchtigten zu berechnen.¹¹⁶

¹¹⁴ v. Welsler/González (Fn. 56), S. 169.

¹¹⁵ Cordes (Fn. 11), S. 488.

¹¹⁶ Zur dreifachen Schadensberechnung nach Wahl des Geschädigten im Rahmen der PPVO: Dreier, GRUR Int. 2004, 706, 709 m.w.N.

Dabei muss der ermittelte Schaden mindestens die Kosten einer fiktiven Lizenz betragen. Die Rechtsprechung hat bei Verletzererträgen dem Rechteinhaber bis zu 50% des Umsatzes des Verletzers nach Abzug etwaiger Gemeinkosten zugebilligt.¹¹⁷ Tatsächlich dürfte der dem Originalhersteller entstehende Schaden allerdings häufig noch sehr viel größer sein. Denn selbst der kurzfristige Markteintritt eines Generika-Produktes kann für den Patentinhaber einschneidende Folgen haben, wie das Beispiel des Patentinhabers Bristol-Myers Squibb zeigt. In diesem Fall entstand ein Schaden von einer Milliarde US-Dollar, nachdem das Imitatorprodukt nur drei Wochen auf dem US-amerikanischen Markt verfügbar war, bevor es wegen Patentverletzung verboten wurde.¹¹⁸

Problematisch ist hier, dass man dem Rechteinhaber im Allgemeinen nicht zumuten kann, im Rahmen der Festsetzung der Sicherheitsleistung eigene konkrete Daten über Umsatz und Gewinn des betroffenen Produkts offenzulegen. Um dem berechtigten Geheimhaltungsinteresse des Rechteinhabers bei der Schadensberechnung Rechnung zu tragen, erscheint es daher zumindest erwägenswert, die ihn treffende Darlegungslast zu reduzieren.

Gerade im Pharmabereich kann der zu erwartende Preisverfall durch ein auf dem Markt befindliches Imitat im Rahmen der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs oft nicht ausgeglichen werden. Die Nachteile für die Reputation und Marktstellung des Rechteinhabers sind in der Praxis schwer zu beziffern. Schließlich ist bei der Einschätzung des drohenden Schadens zu berücksichtigen, dass nach § 35 SGB V so genannte „Festbetragsgruppen“ gebildet werden können, in denen Arzneimittel mit denselben Wirkstoffen zusammengefasst und mit einem einheitlichen maximalen Erstattungsbetrag belegt werden. Die Höhe dieser faktischen Preisobergrenze für alle Präparate einer Gruppe wird nach den Durchschnittspreisen der auf dem Markt befindlichen Arzneimittel festgestellt. Ab Markteintritt von patentverletzenden Generika besteht somit die Gefahr der Festsetzung eines deutlich unter dem bisherigen Preis des Originalproduktes liegenden Festbetrages. Selbst wenn dem Patentinhaber nach oft mehreren Jahren gerichtlicher Auseinandersetzung der Nachweis gelingt, dass die Generika-Produkte gegen sein Patentrecht verstoßen und daher unrechtmäßig vertrieben wurden, bleibt der einmal bestimmte Festbetrag, der häufig deutlich unter dem für die Amortisation der Entwicklungs- und Forschungskosten erforderlichen Niveau liegt, verbindlich.

Weiter ist zu bedenken, dass die Schäden, die dem von der Beschlagnahme betroffenen Generikahersteller entstehen, zunächst als Erwerbchance zu qualifizieren sind, da unklar ist, ob die Markteinführung überhaupt erfolgreich sein wird. Zusätzlich zu den konkreten Schäden durch den Markteintritt des vermeintlichen Rechtsverletzers, sind die Kosten der Rechtsverfolgung als Schäden abzudecken. Gegebenenfalls sind hier Gerichts-, Rechts- und Patentanwaltskosten für weitere Instanzen anzusetzen.¹¹⁹

Ferner ist das allgemeine Interesse des Rechteinhabers an einer Verhinderung weiterer, seine Schutzrechte verletzende Handlungen zu berücksichtigen. Es darf dabei zur Verwirklichung des oben genannten Zwecks der Verordnung wirtschaftlich nicht günstiger sein, die beschlagnahmte Ware mittels Sicherheitsleistung freizukaufen, anstatt sie von vornherein lizenzieren zu lassen.¹²⁰

(4) Freigabe der Sicherheiten

Eine Freigabe der Sicherheiten kann nach Art. 14 PPVO wiederum erst erfolgen, wenn das gerichtliche Verfahren auf Feststellung der Rechtsverletzung rechtskräftig abgeschlossen ist oder, sofern dieses auf andere Weise eingeleitet wurde, nicht innerhalb von 20 Ar-

¹¹⁷ BGH, Urteil vom 2. 11. 2000, Az. ZR I 246/98, GRUR 2001, 329.

¹¹⁸ Vgl. etwa New York Times vom 20. 1. 2007.

¹¹⁹ Vgl. Rechtsgedanken des § 110 ZPO.

¹²⁰ Cordes (Fn. 11) GRUR 2007, 483, 487 f.

beitstagen der Rechtsweg bestritten wurde (Art. 14 Abs. 2 S. 3 PPVO).¹²¹ Insgesamt darf die Frist für ein Tätigwerden des Rechteinhabers höchstens 30 Arbeitstage nach Eingang der Benachrichtigung durch die Zollbehörden betragen (Art. 14 Abs. 2 S. 4 PPVO). Somit ersetzt die Sicherheit wirtschaftlich die betroffenen Waren, wohingegen das weitere Verfahren um die Sicherheit geführt wird.

d) Reaktionsmöglichkeiten des Rechteinhabers

Gegen den Antrag auf Freigabe gegen Sicherheitsleistung kann der Rechteinhaber innerhalb der Frist des Art. 13 Abs. 1 von zehn Arbeitstagen eine einstweilige Verfügung auf Sicherung (Sicherungsmaßnahmen) beantragen. Diese Sicherungsmaßnahmen können etwa durch einen Antrag auf Sequestration im Eilverfahren vor den Zivilgerichten erwirkt werden.¹²² Damit soll verhindert werden, dass die betroffenen Waren freigegeben werden, bis der Rechteinhaber die weitere Prüfung der Waren auf eine Schutzrechtsverletzung vornehmen und das Hauptsachverfahren einleiten kann.

5. Vernichtungsverfahren

Sind die Voraussetzungen des vereinfachten Verfahrens gegeben oder wurde von einem Gericht festgestellt, dass die zurückgehaltene Ware ein Recht geistigen Eigentums verletzt, so werden die festgehaltenen Waren in der Folge vernichtet. Nach Art. 17 Abs. 1 PPVO sind andere Maßnahmen möglich, damit den betreffenden Personen wirksam der aus dem Vorgang erwachsende wirtschaftliche Gewinn entzogen wird. Dafür ist es nur in Ausnahmefällen ausreichend, wenn lediglich die Marken von den betroffenen Produkten entfernt werden (Art. 17 Abs. 1 b) PPVO). Die Kosten der Vernichtung dürfen der Staatskasse nicht zur Last fallen (Art. 17 Abs. 1 a PPVO).

6. Haftung im Grenzbeschlagnahmeverfahren

a) Haftung der Zollbehörden

Hinsichtlich einer Haftung der Zollbehörden gegenüber dem Rechteinhaber nach Art. 19 Abs. 1 und 2 PPVO aufgrund einer nicht oder fehlerhaft durchgeführten Grenzbeschlagnahme bestimmt sich der Anspruch nach dem Recht des Mitgliedsstaates, in dem der Antrag gestellt wurde, oder bei einem Antrag auf gemeinschaftsweiten Schutz nach Art. 5 Abs. 4 PPVO nach dem Recht des Staates, in dem der Verlust oder Schaden eingetreten ist.

Damit kommt in Deutschland eine Haftung nur bei einer Amtspflichtverletzung in Betracht. Sollte der Rechteinhaber im Beschlagnahmeverfahren von der schuldhaften Nichtbeschlagnahme Kenntnis erlangt haben, ist ein Amtshaftungsanspruch nach Art. 34 GG in Verbindung mit § 839 BGB denkbar. Dies kann aber nur dann der Fall sein, wenn die Schutzrechtsverletzung aus den Zollmeldeunterlagen oder aufgrund von konkreten Hinweisen durch den Rechteinhaber leicht erkennbar war. Ist die Schutzrechtsverletzung dagegen nicht ohne weiteres ersichtlich, so wird es gewöhnlich schwierig sein, ein Verschulden des Handelnden nachweisen zu können. Zudem wird die Regelung des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB eng ausgelegt, mit der Folge, dass bei anderweitiger Ersatzmöglichkeit, die generell gegeben sein wird, kein Amtshaftungsanspruch besteht.

¹²¹ Für die Freigabe der Sicherheiten – etwa die Rückgabe der Bürgschaftsurkunde – ist der Rechtsweg zu den Zivilgerichten gegeben, da die Sicherheit zu Gunsten des Rechteinhabers ausgestellt wird; vgl. zur Vorgängerverordnung VO Nr. 3295/94: BFH, Beschluss vom 18. 11. 2003, Az.: VII B 277/03, DStRE 2003, 117.

¹²² Vgl. Benkar/Rogge/Gabinski, PatG, 10. Aufl. 2006, Rn. 22, 24.

b) Haftung des Rechteinhabers

Auch die Haftung des Rechteinhabers bestimmt sich nach Art. 19 Abs. 2 PPVO nach dem Recht der Mitgliedsstaaten, in denen die Waren beschlagnahmt wurden. Damit ist das nationale Recht anwendbar, ein Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts besteht insoweit nicht. Nach Art. 6 Abs. 1 PPVO hat der Rechteinhaber bereits mit der Antragstellung eine Haftungsübernahmeerklärung abzugeben, dass er die Haftung für eine unberechtigte Inanspruchnahme übernimmt. Art. 6 Abs. 1 PPVO nennt für die Haftung den Beispielsfall, dass das nach Art. 9 Abs. 1 PPVO eingeleitete Verfahren durch eine Handlung oder Unterlassung des Rechteinhabers eingestellt oder festgestellt wird, dass die betreffenden Waren kein geistiges Eigentumsrecht verletzen.

Fraglich ist, ob damit eine über die gesetzlichen Haftungsvorschriften hinausgehende Haftung übernommen wird. Die Erklärung könnte den Charakter eines Vertrags zu Gunsten Dritter, das heißt des Anmelders, Besitzers oder Eigentümers haben.¹²³ Damit wäre eine Garantenhaftung des Antragstellers verbunden. Da der Rechteinhaber allerdings ohnehin nach deutschem Recht (§§ 142 a Abs. 5 PatG, 149 MarkenG) verschuldensunabhängig haftet, sofern sich die Beschlagnahme als von vornherein ungerechtfertigt erweist, ist nicht ersichtlich, dass dafür ein praktisches Bedürfnis besteht. Im Fall der Erwirkung einer einstweiligen Verfügung auf Sicherungsmaßnahmen ist ebenfalls an die verschuldensunabhängige Haftung nach §§ 945, 717 Abs. 2 ZPO zu denken.¹²⁴

Hat der Antragsteller bei Antragstellung oder im weiteren Verfahrensablauf schuldhaft gehandelt, kommt zusätzlich ein Anspruch nach §§ 823 Abs. 1 und 2, 826 BGB in Betracht. Dabei ist insbesondere an einen Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB bei Missbrauch der Verfahrensvorschriften zu denken, wenn der Rechteinhaber es schuldhaft unterlässt, ein Verfahren nach Art. 10 ff. PPVO einzuleiten oder dieses verzögert.

c) Haftung des Verletzers

Der Verletzer haftet auf Schadensersatz jeweils aus materiellem Recht (§ 823 Abs. 1 BGB, § 139 PatG, § 18 MarkenG). Zu denken ist hier bei einer vorsätzlichen Schutzrechtsverletzung an die Möglichkeit, Erkenntnisse aus einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren in ein zivilrechtliches Verfahren einzubringen. Dies kann die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen erheblich erleichtern, im Einzelfall sogar erst ermöglichen.

Die Haftung erfasst auch die Vernichtungs- und Lagerkosten.¹²⁵ Die Haftung von Dritten, wie Spediteure, Frachtführer und Lagerhalter, gegen die sich meist ein Vernichtungsverlangen des Rechteinhabers oder ein Anspruch auf Schadensersatz für die Vernichtungskosten richtet, bestimmt sich nach § 139 Abs. 1 PatG i.V.m. § 1004 BGB. Nach überwiegender Auffassung besteht allerdings keine generelle Prüfungspflicht des Transporteurs.¹²⁶ Eine Prüfungspflicht kann jedoch bei Hinweisen auf eine konkrete Schutzrechtsverletzung entstehen. Nachdem die Grenzbeschlagnahme schon aufgrund bloßen Verdachts einer Schutzrechtsverletzung durchzuführen ist, wird durch die bloße Beschlagnahme noch keine Kenntnis verschafft. Eine solche kann dagegen etwa in der

¹²³ So wohl Cordes (Fn. 11), S. 489.

¹²⁴ Baumbach/Lauterbach, ZPO, 66. Aufl., 2008, § 945 Rn. 1.

¹²⁵ BGH, Urteil vom 10. 7. 1997, NJW 1997, 3443, Vernichtungsanspruch; OLG Köln, Urteil vom 18. 8. 2005, Az.: 6 U 48/05, GRUR-RR 2005, 342, Rn. 7; a.A. Hermsen (Fn. 48), S. 265; dabei ist zwischen der Haftung des Rechtsverletzers oder des Transporteurs zu differenzieren.

¹²⁶ BGH, GRUR 1957, 352 ff., Petrusin II, inzwischen überholt; vgl. zur Störerhaftung und Prüfungspflicht: BGH, Urteil vom 11. 3. 2004 – I ZR 304/01, Internet-Versteigerung I, GRUR 2004; BGH, Urteil vom 19. 4. 2007, Az.: I ZR 35/04, Internet-Versteigerung II, GRUR 2007, 708; im Fall der Grenzbeschlagnahme: OLG Düsseldorf, Urteil vom 29. 11. 2007, Az.: I-2 U 51/06, Rn. 32.

Zustellung der einstweiligen Verfügung liegen.¹²⁷ Wenn und soweit der Spediteur positive Kenntnis über die Schutzrechtsverletzung hat, muss er alles unterlassen, was dazu beiträgt, dass die Ware in die EU eingeführt wird.¹²⁸ Eine Haftung für die Vernichtungs- und Lagerkosten durch den Spediteur, Lagerhalter und Frachtführer kommt jedenfalls dann nicht in Betracht, sofern dieser sofort der Vernichtung zugestimmt hat oder einen entsprechenden Vernichtungsantrag gestellt hat und ihm ein weiteres Verschulden nicht zur Last fällt.¹²⁹

7. Rechtsschutz gegen Maßnahmen der Zollbehörden

a) Rechtsschutzmöglichkeiten des Antragstellers

Sofern der Antrag auf Grenzbeschlagnahme nicht oder nicht innerhalb der angemessenen Frist von der zuständigen Zollbehörde bearbeitet wird, steht dem Antragsteller der Einspruch (Art. 245 ZK, §§ 347, 348, 355 Abs. 1 AO) beziehungsweise die Verpflichtungs- oder Untätigkeitsklage (§ 40 FGO) zu. Dazu steht der Rechtsweg zu den Finanzgerichten offen (§ 33 Abs. 1 Nr. 1 FGO).

b) Rechtsschutzmöglichkeiten von Anmelder, Besitzer und Eigentümer

aa) Rechtsschutz gegen die Maßnahmen der Zollbehörden insbesondere gegen die AdÜ

Der vermeintliche Schutzrechtsverletzer hat verschiedene Möglichkeiten, sich gegen die Maßnahmen der Zollbehörde im Beschlagnahmeverfahren zu wehren, wenn seiner Ansicht nach keine Schutzrechtsverletzung vorliegt.

Zunächst hat der von der Grenzbeschlagnahme Betroffene die Möglichkeit, gegen die Grenzbeschlagnahme Einspruch nach Art. 245 ZK, §§ 347 ff. AO und ggf. eine Anfechtungsklage einzulegen. Im nationalen Grenzbeschlagnahmeverfahren bestehen andere Rechtsschutzmöglichkeiten.¹³⁰

Im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutz können die Finanzgerichte auch einstweilige Anordnungen nach §§ 33 Abs. 2, 114 Abs. 1 FGO treffen. Dies ist insbesondere dann zu erwägen, wenn der vermeintliche Verletzer die Freigabe gegen Sicherheitsleistung erreichen möchte. Weiter kommt eine Aussetzung der Vollziehung der Entscheidung über die Aussetzung der Überlassung der Waren nach Art. 244 Abs. 2 ZK in Betracht, wenn erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung bestehen. Ein Ermessen besteht dabei nicht. Erhebliche Zweifel können insbesondere dann bestehen, wenn der von der Beschlagnahme Betroffene eine zivilgerichtliche Entscheidung vorlegen kann, dass die betroffenen Waren nicht schutzrechtsverletzend sind. In diesem Fall könnte er auch einen Antrag bei der Zentralstelle für Gewerblichen Rechtsschutz auf Aussetzung der Vollziehung und Anordnung der Freigabe stellen.

Ferner kann sich der Betroffene gegen die Verlängerung der Frist von zehn Arbeitstagen nach Art. 13 Abs. 1 S. 2 PPVO mit einem Antrag auf einstweilige Anordnung bei den Finanzgerichten zur Wehr setzen. Da es sich bei der Entscheidung über die Fristverlängerung um eine Ermessensentscheidung handelt, kann der Antrag nur bei einer Ermessensreduzierung auf Null erfolgreich sein.

¹²⁷ OLG Hamburg, Beschluss vom 15. 8. 2007, Az.: 5 U 188/06, GRUR-RR 2007, 350, Rn. 32.

¹²⁸ OLG Hamburg (Fn. 127); LG Düsseldorf, InstGE 6 132, 134.

¹²⁹ OLG Hamburg (Fn. 127); a.A. wohl Cordes (Fn. 11), S. 489.

¹³⁰ Vgl. § 142 a Abs. 7 PatG. Im nationalen Grenzbeschlagnahmeverfahren steht dem Verfügungsberechtigten dagegen ferner der Antrag auf eine gerichtliche Entscheidung gegen die Beschlagnahme nach § 62 OWiG zu, für welche das Amtsgericht nach § 68 OWiG zuständig ist; gegen die Entscheidung über diesen Antrag ist die sofortige Beschwerde zum OLG zulässig; gegen die Einziehung ist der Einspruch möglich (§§ 87, 67 OWiG).

bb) Rechtsschutz gegen die Antragstellung

Die Grenzbeschlagnahme ermöglicht es dem Antragsteller, den Import von Waren bereits an der Grenze für einen Zeitraum von mindestens zehn Werktagen zu blockieren und ist damit in ihrer Wirkung (wenn auch für einen beschränkten Zeitraum) mit einer einstweiligen Verfügung vergleichbar. Allerdings prüfen in handelnden Zollbehörden bei der Grenzbeschlagnahme weder den Rechtsbestand des Patents noch das Vorliegen des Verletzungstatbestandes. Insoweit gewährt das Produktpirateriegesetz dem Schutzrechteinhaber auch in denjenigen Fällen, in denen die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Verfügung offensichtlich nicht vorliegen, die Möglichkeit, die Einfuhr von Konkurrenzprodukten zumindest vorläufig zu verhindern. Dies führt beim Warenanmelder zu oft kaum wiedergutzumachenden wirtschaftlichen Schäden.

Demgegenüber stehen dem (zukünftig) Einführenden gegen den Grenzbeschlagnahmeantrag vor der eigentlichen Aussetzung der Überlassung kaum Rechtsschutzmöglichkeiten offen. Nach dem *Telos* der Verordnung wird die Frage einer von Anfang an unberechtigten Inanspruchnahme vielmehr in den sekundären Haftungsbereich verlagert.

Gerade im Bereich pharmazeutischer Erzeugnisse führt diese Beschränkung des Antragsgegners auf Sekundäransprüche jedoch oftmals zu unbefriedigenden Ergebnissen, da der nachweisbare und damit ersatzfähige Schaden nicht selten merklich geringer als der tatsächlich entstandene Schaden ist. Deutlich wird diese Problematik insbesondere, wenn die Grenzbeschlagnahme im unmittelbaren Vorfeld einer Markteinführung erfolgt. Dem Warenanmelder wird es oft kaum möglich sein, den ihm dadurch entstandenen Schaden nachträglich zu substantiieren. Ein anderes Beispiel ist die Aussetzung der Überlassung von für eine Messe bestimmter Ware. In aller Regel wird die Messe bereits vor Ablauf der ersten Frist von zehn Werktagen vorüber sein. Die Möglichkeit zur Teilnahme ist also einerseits unwiederbringlich verloren, andererseits in pekuniärer Hinsicht kaum zu beziffern. Es ist demnach sogar vorstellbar, dass der Originalhersteller eines Medikamentes in diesen Situationen letztlich als „Gewinner“ hervorgeht, selbst wenn sich der Verdacht der Patentverletzung am Ende als völlig ungerechtfertigt herausstellt und der Originalhersteller gegenüber dem einführenden Generika-Unternehmen zur Zahlung von Schadensersatz verpflichtet wird. Abgesehen von den Schwierigkeiten beim Nachweis des Gewinnausfalls, wird in der beschriebenen Konstellation der zu ersetzende Schaden aufgrund der sehr unterschiedlichen Gewinnmargen in aller Regel niedriger sein als der, der dem Originalhersteller aufgrund des zu erwartenden Umsatzrückganges durch die Einfuhr der generischen Produkte entstanden wäre.

Führt man sich vor Augen, dass bereits der bloße Verdacht bzw. letztlich sogar *de facto* die bloße Behauptung eines Verdachts einer Schutzrechtsverletzung für einen erfolgreichen Antrag auf Grenzbeschlagnahme ausreichend ist, tritt die Gefahr eines Missbrauchs des förmlichen Beschlagnahmeverfahrens durch den Antragsteller offen zu Tage. Die durch die VO eröffneten Rechtsschutzmöglichkeiten erscheinen vor diesem Hintergrund als unzureichend, ist doch der Antragsgegner nach einer einmal erfolgten Beschlagnahme regelmäßig gezwungen, jedenfalls den Ablauf der gesetzlichen Frist von zehn Werktagen abzuwarten. Im Regelfall wird diese Frist auf Antrag des Rechteinhabers um jedenfalls weitere zehn Werktage verlängert, so dass schnell ein ganzer Monat vergehen kann, bis die Waren nach Aussetzung der Überlassung ihre Reise fortsetzen können. Zwar wird es dem Warenanmelder in einigen Fällen möglich sein, derartige Verzögerungen einzuplanen und die Waren – sozusagen prophylaktisch – schon etwas früher auf den Weg zu bringen. Nicht selten jedoch kann die Grenzbeschlagnahme – wie gezeigt – zu irreparablen wirtschaftlichen Schäden führen.

In praktischer Hinsicht wird die Rechtsschutzmöglichkeit des Antragsgegners bereits dadurch erheblich erschwert, dass dieser regelmäßig bereits keine Kenntnis davon hat, dass der Rechteinhaber einen solchen Antrag auf Grenzbeschlagnahme überhaupt gestellt hat.

Hierdurch wird dem Antragsgegner ein Vorgehen im Vorfeld der Grenzbeschlagnahme letztlich unmöglich gemacht. Ähnlich wie dies bei einstweiligen Verfügungen in der Praxis bereits üblich ist, wäre deshalb an eine Schutzschrift zu denken, die beim Zoll hinterlegt werden könnte. Letztlich würde man damit aber wohl die zuständigen Zollstellen jedenfalls in komplizierten Patentverletzungsfällen zwangsläufig überfordern. Vor dem Hintergrund, dass eine rechtliche Überprüfung der behaupteten Patentverletzung durch die Zollbehörden weder stattfinden kann noch stattfinden soll, erscheint es daher praktikabler, den Warenanmelder auf die Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens zu verweisen. In Anbetracht des drohenden irreparablen Schadenseintritts sowie der kurzen Fristen kommt dabei natürlich nur ein Vorgehen im einstweiligen Rechtsschutz in Betracht. Denkbar wäre etwa im Zivilklageweg dem Antragsteller des Grenzbeschlagnahmeantrags aufzugeben, den Antrag zurückzunehmen, bzw. nicht erneut zu stellen oder es zu unterlassen, einen Antrag auf Verlängerung der 10-Tages-Frist zu stellen und sein Einverständnis zur Freigabe der Ware zu erteilen.

Gegen ein Vorgehen im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes spricht freilich die Ratio der zehntägigen Prüfungsfrist, die dem Rechteinhaber die Überprüfung ermöglichen soll, ob die vermutete Schutzrechtsverletzung tatsächlich gegeben ist und ob ein klageweises Vorgehen in der Hauptsache als geboten erscheint. Daneben stellt sich natürlich die Frage, auf welche Anspruchsgrundlage ein solcher oder ein ähnlich lautender Antrag materiell-rechtlich zu stützen wäre.

Stellt sich der Antrag auf Grenzbeschlagnahme als unzulässige Rechtsausübung dar, so liegt freilich zunächst ein Rückgriff auf den Grundsatz von Treu und Glauben nahe. Zwar genießt die VO als europäisches Gemeinschaftsrecht grundsätzlich Anwendungsvorrang vor jeglichem nationalem Recht und damit grundsätzlich auch vor § 242 BGB. Jedoch lässt auch der EuGH in besonderen Ausnahmefällen und unter strengen Voraussetzungen die Berufung auf Treu und Glauben zu, sofern dabei die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts nicht beeinträchtigt wird.¹³¹ Ein solcher Ausnahmefall wird jedenfalls dann zu bejahen sein, wenn der drohende Schaden des von der Grenzbeschlagnahme Betroffenen außer Verhältnis zu dem schutzwürdigen Interesse des Rechteinhabers steht.

Gleichfalls denkbar erscheint ein Anspruch auf Unterlassung aufgrund eines Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nach §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB oder § 826 BGB. Dabei werden im Falle eines rechtsmissbräuchlichen Vorgehens sowohl die rechtswidrige Verletzungshandlung als auch der kausale Schadenseintritt ohne weiteres zu bejahen sein. Typischerweise problematisch ist jedoch die Nachweisbarkeit eines entsprechenden Schädigungsvorsatzes auf Seiten des Schutzrechteinhabers.

Zu denken ist schließlich auch an die Möglichkeit der Erhebung einer (präventiven) negativen Feststellungsklage, mit dem Ziel, gerichtlich feststellen zu lassen, dass die entsprechenden Produkte die in Frage stehenden technischen Schutzrechte nicht verletzen. Sinnvoll erscheint dies insbesondere dann, wenn sich der potentielle oder vermeintliche Rechtsverletzer aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte mit dem Risiko einer Grenzbeschlagnahme konfrontiert sieht. Eine etwaige vor einer Patentkammer erwirkte Entscheidung könnte sodann bei der für die Antragstellung zuständigen Stelle eingereicht werden, um eine negative Bescheidung des Antrags zu erreichen.

Problematisch ist jedoch, dass die Rechtsprechung die Möglichkeit einer feststellenden einstweiligen Verfügung nur in sehr engen Grenzen anerkennt. Jedenfalls in offensichtlichen Missbrauchsfällen wird ein solches Vorgehen aber unter Berücksichtigung des Gebotes des effektiven Rechtsschutzes ausnahmsweise als zulässig zu erachten sein.

¹³¹ EuGH, Slg. 1996, I-1363, 1382 Rn. 68, Pafitis; Slg. 1998, I-2862, 2869f. Rn. 22f., Kefalas; Slg. 2000, I-1723, 1734 Rn. 34, Diamantis.

V. Vergleich mit dem nationalen Verfahren auf Grenzbeschlagnahme

1. Grenzbeschlagnahme nach § 142 a PatG

Im Wesentlichen gleicht das Verfahren nach § 142 a PatG den Grundzügen der Produktpiraterieverordnung. Ein Antrag mit Sicherheitsleistung¹³² des Rechteinhabers führt zur Beschlagnahme und Vernichtung oder zu einem Gerichtsverfahren (§ 142 a Abs. 1 S. 1 PatG). Dabei ist zunächst ein genereller Antrag bei der Zentralstelle Gewerblicher Rechtsschutz zu stellen, dessen Geltungsdauer zwei Jahre (§ 142 a Abs. 6 PatG) beziehungsweise nach der zukünftigen Umsetzung der EG-Richtlinie zur Durchsetzung des geistigen Eigentums nur noch ein Jahr beträgt. Dieser ist nach § 142 a Abs. 6 S. 2 PatG kostenpflichtig. Er wird nur im Falle des Vorliegens einer „offensichtlichen“ Rechtsverletzung bewilligt. Damit soll – so die Gesetzesbegründung – sichergestellt werden, dass eine Beschlagnahme bei unklarer Rechtslage unterbleibt und damit Fehlentscheidungen weitestgehend vermieden werden.¹³³ Offensichtlich ist eine Patentverletzung dann, wenn sie auf der Grundlage schlüssiger und glaubhafter Angaben des Antragstellers und aller sonstiger für die Zollbehörde erkennbarer tatsächlicher Umstände keinen vernünftigen Zweifeln unterliegt.¹³⁴ Daher empfiehlt es sich für den Antragsteller, die Zollbehörde möglichst umfassend zu informieren, so dass diese in die Lage versetzt wird, Patentverletzungen zweifelsfrei festzustellen.

Die Ware muss bei Ein- oder Ausfuhr oder im Rahmen einer Hinterlandkontrolle (§ 142 a Abs. 1 S. 2 PatG) von den Zollbehörden aufgegriffen werden. Ordnet die Zollbehörde die Beschlagnahme an, so hat sie den Verfügungsberechtigten sowie den Antragsteller unverzüglich zu unterrichten (§ 142 a Abs. 2 S. 1 PatG). Dem Antragsteller wird Herkunft, Menge und Lagerort des Erzeugnisses sowie Name und Anschrift des Verfügungsberechtigten mitgeteilt und nach § 142 a Abs. 2 PatG ebenfalls die Gelegenheit gegeben, das Erzeugnis zu besichtigen.¹³⁵

Die Handlungsobliegenheit liegt daraufhin beim Antragsteller: Nur wenn der Verfügungsberechtigte nicht spätestens nach Ablauf von zwei Wochen nach Zustellung der Beschlagnahmemitteilung widerspricht, wird die beschlagnahmte Ware ohne weitere Handlung des Antragstellers eingezogen (§ 142 a Abs. 3 PatG). Sofern sich jedoch der Verfügungsberechtigte der Beschlagnahme widersetzt, hat der Antragsteller unverzüglich zu erklären, ob er hinsichtlich der beschlagnahmten Erzeugnisse seinen Antrag aufrechterhält, und sodann binnen einer Frist von zwei Wochen eine „vollziehbare gerichtliche Entscheidung“ beizubringen, die die Verwahrung der beschlagnahmten Waren oder eine Verfügungsbeschränkung anordnet. Eine zivilrechtliche einstweilige Verfügung, die auf Sequestation der Ware gerichtet ist, ist vorrangiges Rechtsmittel. Zu denken wäre zwar auch an eine strafprozessuale Beschlagnahme auf Grund richterlicher Anordnung (§ 98 Abs. 1 S. 1 StPO) als kostengünstige Alternative.¹³⁶ In Patentsachen findet jedoch eine Strafverfolgung so gut wie nicht statt.¹³⁷ Wird die gerichtliche Entscheidung nicht binnen der Zwei-Wochen-Frist vorgelegt, gibt die Zollbehörde die Ware frei. Die Frist kann um weitere zwei Wochen verlängert werden, wenn der Antragsteller nachweist, dass die gerichtliche Entscheidung beantragt, ihm aber noch nicht zugegangen ist (§ 142 a Abs. 4 PatG).

¹³² Die Sicherheitsleistung wird in der Regel durch eine selbstschuldnerische Bürgschaft in der Höhe zwischen 10.000 und 25.000 Euro geleistet; vgl. v. Welser/González (Fn. 56), S. 177.

¹³³ Vgl. BT-Drucksache 11/4792, S. 45, 41.

¹³⁴ Vgl. Cremer, Mitt. 92, 153, 166.

¹³⁵ Osterrieth, Patentrecht, 2007, Rn. 495.

¹³⁶ Vgl. v. Welser/González (Fn. 56), S. 180 m.w.N.

¹³⁷ Cordes (Fn. 11), S. 487.

2. Vergleichende Betrachtung

Von Vorteil für den Rechteinhaber und Antragsteller ist bei dem Antragsverfahren nach der Verordnung, dass dieses kostenfrei und die Stellung einer Sicherheitsleistung nicht erforderlich ist. Soweit der Antrag auf einem gemeinschaftlichen Schutzrechts basiert (anders allerdings bei Patenten), kann ein gemeinschaftsweiter Antrag gestellt werden, wobei jedoch die Kosten der Rechtsverfolgung in der Hauptsache in den jeweiligen Ländern zu berücksichtigen sind.

Vor allem aber ist es nach der Verordnung nicht länger erforderlich, dass die Patentverletzung offensichtlich ist, vielmehr reicht bereits der Verdacht einer Rechtsverletzung aus. Auf die dadurch entstehenden Missbrauchsmöglichkeiten sowie die Gefahr von Fehlentscheidungen wurde bereits hingewiesen. Andererseits darf auch nicht verkannt werden, dass das Erfordernis der Offensichtlichkeit die Anordnung einer Grenzbeschlagnahme nach § 142 a PatG in der Praxis auf ganz wenige seltene Fälle beschränkt und eine Grenzbeschlagnahme, basierend auf einem Arzneimittelpatent, buchstäblich nicht vorstellbar war.

Anders als bei einem Antrag nach § 142 a PatG ist der Antrag nach der Verordnung nur ein Jahr gültig, kann aber verlängert werden. Positiv zu beurteilen ist die Möglichkeit der Behörden, von Amts wegen vorzugehen und einen nachträglichen Antrag anzuregen, wobei dies in Patentsachen im Pharmabereich in der Praxis selten der Fall sein wird.

Der Rechteinhaber hat der Grenzbeschlagnahmeverordnung zufolge zehn Arbeitstage nach der Unterrichtung Zeit, das Verfahren zur Feststellung der Rechtsverletzung einzuleiten oder gerichtliche Sicherungsmaßnahmen zu beantragen. Gegenüber der Frist im nationalen Verfahren von zwei Wochen ist die Frist demnach praktisch nicht verkürzt. Positiv ist, dass die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung nunmehr den vermeintlichen Verletzer trifft, der die Freigabe der Waren erwirken möchte. Jedoch muss eine Haftungsübernahmeerklärung abgegeben werden, welche klarstellt, dass nicht die Zollverwaltung, sondern der Rechteinhaber im Rahmen des Deliktsrechts haftet. Das Verfahren erfordert somit die aktive Mitarbeit des Rechteinhabers, der auch das Haftungsrisiko für eine unberechtigte Inanspruchnahme trägt.

Ein zusätzlicher Antrag nach dem nationalen Grenzbeschlagnahmeverfahren kann Schutzrechtsverletzungen im Bereich des Binnenverkehrs verhindern und so genannte Parallelimporte überwachen. Dieser Antrag ist kostenpflichtig und gilt zwei Jahre. Notwendig für eine Grenzbeschlagnahme ist jedoch eine offensichtliche Rechtsverletzung. Die Entscheidungsfrist beträgt zwei Wochen für Beibringung einer gerichtlichen Anordnung der Verwahrung. In der Praxis kommt mit lediglich etwa vier Prozent der Fälle dem nationalen Verfahren die geringste Bedeutung zu, da die deutschen Beschlagnahme-Bestimmungen subsidiär sind.¹³⁸

VI. Die EG-Richtlinie zur Durchsetzung geistigen Eigentums und ihre Umsetzung

Am 29. April 2004 hat der Ministerrat die EG-Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums verabschiedet.¹³⁹ Art. 2 der Richtlinie weitet den Anwendungsbereich auf alle Rechtsverletzungen aus. Damit werden auch die Tatbestände mit Grenzbezug erfasst, die von der Verordnung nicht umfasst sind. Nach Art. 9 Rl. 2004/48/EG

¹³⁸ Vgl. dazu die Stellungnahmen aus dem Gesetzentwurf der Bundesregierung, Drucksache 16/5048, S. 34.

¹³⁹ Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. 4. 2004, Abl. EG Nr. L 157 vom 30. 4. 2004, 45 ff. berichtigte Fassung der Richtlinie in Abl. EG Nr. L 195 vom 2. 6. 2004, vgl. GRUR Int. 2004, 615; zum Ganzen: Knaak (Fn. 21).

müssen die Mitgliedsstaaten rechtliche Vorkehrungen dafür treffen, dass die Gerichte über die Verletzungstatbestände der Verordnung hinaus die Beschlagnahme von Waren anordnen, die im Verdacht stehen, geistiges Eigentum zu verletzen. Damit soll die Möglichkeit einer zivilgerichtlichen Beschlagnahme in Ergänzung zur Grenzbeschlagnahme, welche sich auf die EU-Außengrenzen beschränkt, geschaffen werden. Art. 9 Abs. 2 Rl. 2004/48/EG verpflichtet nach dem Vorbild der aus dem angloamerikanischen Rechtsraum stammenden *Mareva Injunction* die Mitgliedsstaaten, den Gerichten zur vorsorglichen Sicherung von Schadensersatzforderungen die vorläufige Beschlagnahme von Vermögenswerten und die Sperrung von Bankkonten zu ermöglichen.¹⁴⁰

Die Umsetzung dieser EU-Richtlinie erfolgte mit der Verabschiedung des Gesetzes zum Schutz geistigen Eigentums durch den Bundestag am 11. April 2008. Das Gesetz beinhaltet die Novellierung von folgenden Gesetzen: Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, Markengesetz, Halbleiterschutzgesetz, Urheberrechtsgesetz, Geschmacksmustergesetz und Sortenschutzgesetz. Des Weiteren passt das Gesetz das deutsche Recht an die Grenzbeschlagnahmeverordnung an. Von einer Angleichung der innerstaatlichen Regelung für Grenzbeschlagnahmen an die Grenzbeschlagnahmeverordnung wurde jedoch deshalb abgesehen, weil das im deutschen Recht geregelte Verfahren schlanker ist und dem Hauptanwendungsfall, dem Parallelimport, besser gerecht wird.¹⁴¹ Eine Anpassung erfolgte lediglich im Hinblick auf die Höchstdauer des Art. 8 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung, da Anträge häufig sowohl nach der Grenzbeschlagnahmeverordnung als auch nach dem deutschen Verfahrensrecht gestellt werden.

Mit dem Inkrafttreten des Umsetzungsgesetzes wird auch das vereinfachte Verfahren nach Art. 11 PPVO in Deutschland durch die Zollbehörden angewendet werden, wenn auch die bisherige Praxis des Zolls diesem schon fast weitgehend entspricht.

VII. Bewertung

Positiv festzustellen ist die Ausweitung des Schutzinstrumentariums des Rechteinhabers zur Vorbereitung seiner zivilrechtlichen Ansprüche. Nur dieser ist in der Lage, wirksam den Kampf gegen die Produktpiraterie zu führen, sofern ihm effektive Rechtsschutzmöglichkeiten in die Hand gegeben werden. Die Stellung eines kostenfreien gemeinschaftsweiten Antrags, die Vereinheitlichung und Beschleunigung des Verfahrens sowie die Einbettung in eine weitere Vereinheitlichung und Stärkung der Rechtsdurchsetzung bei Verletzungen des geistigen Eigentums durch die Enforcement-Richtlinie sind zu begrüßen. Die Verkürzung der Antragsgeltung auf ein Jahr kann trotz des Mehraufwands praktisch von Vorteil für den Rechteinhaber sein, da insbesondere bei schwer nachweisbaren Rechtsverletzungen im Pharmabereich nur eine regelmäßige Aktualisierung des Antrags und der Erkennungshinweise die Zollbehörden in die Lage einer effektiven Überwachung des Grenzverkehrs auf Pirateriewaren versetzen kann. Die Rechtssetzung im Rahmen der Grenzbeschlagnahme ist aber noch nicht an ihren Endpunkt gelangt. Die rasche Abfolge und Verbesserung von Verordnungen durch die EU zeigt dies eindrücklich. An einer weiteren Stärkung der Grenzbeschlagnahme im Rahmen der Grenzbeschlagnahmeverordnung wird daher bei der EU gearbeitet.

Gerade bei patentgeschützten Arzneimitteln besteht allerdings, ohne dass damit die besondere Bedeutung und Relevanz der Grenzbeschlagnahme gerade in diesem Bereich in Frage gestellt werden soll, auch das Risiko, dass ein Originalhersteller die Grenzbeschlagnahme dafür missbraucht, unliebsame Konkurrenz zumindest für einige Zeit an der Grenze aufzuhalten. Während die in der Verordnung vorgesehenen Fristen sich einerseits

in der Praxis häufig als zu kurz erweisen, um rechtzeitig vor der Freigabe nach Sicherheitsleistung durch den Warenanmelder eine gerichtliche Sicherungsmaßnahme zu erwirken, sind sie andererseits so lange, dass dem nur vermeintlichen Patentverletzer durch die Aussetzung der Überlassung ein kaum wieder gutzumachender, gleichzeitig nur sehr schwer konkret zu beziffernder Schaden entstehen kann. Die Missbrauchsmöglichkeit durch den Schutzrechteinhaber aufgrund der reduzierten Beschlagnahmeveroraussetzungen kann letztlich nur durch eine konsequente Anwendung der Instrumentarien des einstweiligen Rechtsschutzes vor den Zivilgerichten abgewendet werden, die zunehmend Einfluss auf die Entscheidungsgrundlage der öffentlich-rechtlich handelnden Zollbehörden nehmen.

¹⁴⁰ Knaak (Fn. 21), S. 750.

¹⁴¹ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Drucksache 16/5048, S. 34.