

## Das Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums

### Teil I: Änderungen im Patent-, Gebrauchsmuster-, Marken- und Geschmacksmusterrecht

Tanja Dörre\* und Stefan Maaßen\*\*

Am 11. 4. 2008 verabschiedete der Bundestag das Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums, das der Bundesrat am 23. 5. 2008 passieren ließ, ohne den Vermittlungsausschuss anzurufen<sup>1</sup>. Das Gesetz dient in erster Linie der Umsetzung der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums<sup>2</sup>. Sein Ziel ist es, die Stellung der Rechtsinhaber im Kampf gegen Produktpiraterie und sonstige Schutzrechtsverletzungen zu verbessern<sup>3</sup>. Dieser Beitrag fasst die Auswirkungen des Gesetzes im Patent-, Gebrauchsmuster-, Marken- und Geschmacksmusterrecht zusammen<sup>4</sup>.

#### I. Unterlassungsanspruch

Im Hinblick auf den Unterlassungsanspruch hat es keiner Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie bedurft. Die bisherigen Regelungen im deutschen Recht entsprechen bereits den Vorgaben des Art. 11 der Richtlinie (RL); Mittelspersonen i. S. des Art. 11 S. 3 RL können im Wege der Störerhaftung in Anspruch genommen werden. Die Ergänzungen in § 139 I PatG, § 24 I GebrMG, §§ 14 V, 15 IV, 128 I, 135 I MarkenG und § 42 I GeschmMG dienen allein der Klarstellung. Diese Vorschriften erwähnen nunmehr ausdrücklich die allgemein anerkannte, dem Unterlassungsanspruch immanente Voraussetzung der Begehungsgefahr, die auch dann gegeben ist, wenn eine Zuwiderhandlung erstmalig droht (Erstbegehungsgefahr)<sup>5</sup>.

#### II. Schadensersatzanspruch

Weitreichender sind die Änderungen im Rahmen der Schadensersatzregelungen, die primär die Berechnung des Schadensersatzes betreffen<sup>6</sup>. Nach dem Wortlaut der neu gefassten § 139 II 2 PatG, § 24 II 2 GebrMG, §§ 14 VI 2, 15 V 2, 128 II 2 und § 135 II 2 MarkenG kann neben dem konkret entstandenen Schaden nunmehr ein weiterer Bemessungsfaktor eine Rolle spielen: der Gewinn, den der Verletzer durch die Verletzung des Rechts erzielt hat<sup>7</sup>. Außerdem kann nach den Neuregelungen in § 139 II 3 PatG, § 24 II 3 GebrMG, §§ 14 VI 3, 15 V 3 MarkenG

und § 42 II 3 GeschmMG der Schadensersatzanspruch auf der Grundlage des Betrags berechnet werden, den der Verletzer als angemessene Vergütung hätte entrichten müssen, wenn er die Erlaubnis zur Nutzung des Rechts eingeholt hätte (angemessene fiktive Lizenzgebühr)<sup>8</sup>. Diese Neuerungen orientieren sich an Art. 13 I 2 RL sowie der im Immaterialgüterrecht gewohnheitsrechtlich anerkannten dreifachen Schadensberechnung. Im Einzelnen ist dazu Folgendes anzumerken:

#### 1. „Berücksichtigung“ des Verletzergewinns

Die neu geregelte „Berücksichtigung“ des Verletzergewinns bei der Bemessung des Schadensersatzes ist zwei-

\* Dr., Rechtsanwältin in Köln.

\*\* Dr., LL. M., Rechtsanwalt in Köln.

1) Das Gesetz wird voraussichtlich zum 1. 8. 2008 in Kraft treten.

2) Überdies wird damit das deutsche Recht an die Grenzbeschlagnahmeverordnung (EG) Nr. 1383/2003 und die Verordnung (EG) Nr. 510/2006 zum Schutz von geografischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel angepasst. Dieser Bereich ist einem eigenen Beitrag vorbehalten.

3) Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung v. 20. 4. 2007, BT-Dr 16/5048 (Gesetzesbegründung), S. 25.

4) Das Urheberrecht wird gesondert behandelt in einem Beitrag von Czychowski, GRUR-RR 2008, 265 (im nächsten Heft).

5) § 42 I GeschmMG hat den Unterlassungsanspruch bereits zuvor explizit an die Wiederholungsgefahr geknüpft. Hingegen ist die Erstbegehungsgefahr bislang nicht erwähnt gewesen, obwohl auch im Geschmacksmusterrecht der vorbeugende Unterlassungsanspruch seit langem anerkannt ist (hierzu Eichmann, in: Eichmann/von Falckenstein, 3. Aufl. [2005], § 42 Rdnr. 6).

6) Darüber hinaus sind in dem Gesetzentwurf die bisherigen Regelungen in § 139 II 2 PatG, § 24 II 2 GebrMG und § 42 II 3 GeschmMG gestrichen worden, die den Gerichten die Möglichkeit eingeräumt haben, anstelle des Schadensersatzes eine Entschädigung festzusetzen, sofern dem Verletzer nur leichte Fahrlässigkeit zur Last fällt. Nach der Gesetzesbegründung (S. 33, 37) sind diese Regelungen mit Art. 13 RL unvereinbar; denn gem. Art. 13 II RL sei eine Sonderregelung nur möglich für den Fall, dass der Verletzer schuldlos handelte.

7) § 42 II 2 GeschmMG hat den Verletzergewinn bereits zuvor erwähnt.

8) §§ 128 II, 135 II MarkenG treffen keine Regelung zur Lizenzgebühr, da bei geografischen Herkunftsangaben eine Lizenzierung nicht in Betracht kommt (Gesetzesbegründung, S. 44).

fach bedenklich. Sie ist sprachlich ungenau und droht darüber hinaus die Grenzen der Verhältnismäßigkeit zu überschreiten. Unklar ist, was genau die Formulierung „Berücksichtigung des Verletzergewinns bei der Bemessung des Schadensersatzes“ bedeutet. Sie kann dahin ausgelegt werden, dass der Verletzergewinn als ein Indiz für die Höhe des dem Verletzten entgangenen Gewinns (§ 252 BGB) zu werten ist<sup>9</sup>. Seine „Berücksichtigung“ stellte dann keine eigenständige Berechnungsmethode dar. Der Verletzergewinn wäre nur bei der Ermittlung des konkret entstandenen Schadens zu berücksichtigen. Allerdings soll nach der Gesetzesbegründung die neue gesetzliche Regelung zum Verletzergewinn die aktuelle Rechtslage nicht berühren<sup>10</sup>; insbesondere sollen die drei anerkannten Berechnungsmethoden nicht vermengt werden<sup>11</sup>. Danach bleibt es dabei, dass der Verletzte die Herausgabe des Verletzergewinns verlangen kann. Vor diesem Hintergrund erscheint es unverständlich, dass nicht die eindeutige bisherige Regelung des § 42 II 2 GeschmMG, nach der „an Stelle des Schadensersatzes (...) die Herausgabe des Gewinns, den der Verletzer durch die Benutzung des Geschmacksmusters erzielt hat, (...) verlangt werden“ kann, im Geschmacksmusterrecht beibehalten und auf die anderen Rechtsgebiete übertragen worden ist. Zwei Gründe könnten den Gesetzgeber davon abgehalten und ihn zu seiner zweideutigen Lösung bewegt haben: Auch Art. 13 I 2 lit. a RL spricht davon, dass bei der Festsetzung des Schadensersatzes unter anderem die erzielten Gewinne des Verletzers zu „berücksichtigen“ sind. Überdies wollte der Gesetzgeber möglicherweise besonders herausstellen, dass es sich bei der Herausgabe des Verletzergewinns nicht um einen eigenständigen Anspruch gemäß § 687 II 1, 681 S. 2, 667 BGB, sondern um eine Schadensberechnungsmethode handelt.

Die Abgrenzung ist wichtig, da der Anspruch aus angemessener Eigengeschäftsführung ein vorsätzliches Verhalten voraussetzt; hingegen schuldet im Immaterialgüterrecht auch der fahrlässig Handelnde die Herausgabe des Verletzergewinns. Diese Haftungsausdehnung wird im Immaterialgüterrecht mit Billigkeitsgesichtspunkten gerechtfertigt<sup>12</sup>: Die Rechtsverletzung soll sich für den Verletzer nicht lohnen. Zudem ist sie geeignet, den Rechtsverletzer und andere Produktpiraten von (weiteren) Rechtsverletzungen abzuhalten, dient also der Spezial- und Generalprävention. Andererseits ist zu bedenken, dass die Herabsetzung des Verschuldensmaßstabes auf (leichte) Fahrlässigkeit auch redliche Unternehmer abschrecken kann, neue Ideen zu verwirklichen, weil sie fürchten, eine Gewinnherausgabepflicht auszulösen, indem sie – teilweise schwer erkennbare – Verbotsgrößen überschreiten. Die Haftungsausdehnung könnte also nicht nur Rechtsverletzungen, sondern auch Innovationen hemmen<sup>13</sup>. Sachgerecht erscheint es daher, die Gewinnherausgabe an eine zumindest grob fahrlässige Verletzungshandlung zu knüpfen<sup>14</sup>. Jedenfalls sollte – im Einklang mit Art. 3 II RL<sup>15</sup> – der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei der Herausgabe des Verletzergewinns besonders berücksichtigt werden.

## 2. Zahlung einer angemessenen fiktiven Lizenzgebühr

Der Gesetzentwurf schreibt die gewohnheitsrechtlich verfestigte Schadensbemessung nach der Lizenzanalogie nieder, d. h. der Verletzte kann weiterhin seinen Schaden auf der Grundlage einer angemessenen fiktiven Lizenzgebühr berechnen. Nicht berücksichtigt hat der Gesetzgeber den Vorschlag, pauschal die Zahlung einer doppelten Lizenzgebühr festzulegen, obwohl Art. 13 I 2 lit. b RL<sup>16</sup> mit dieser Lösung vereinbar ist. Die Befürworter der doppelten Gebühr<sup>17</sup> argumentieren, die Zahlung einer

einfachen Gebühr stelle kein Risiko für den Verletzer dar, der schlimmstenfalls so gestellt werde wie er stünde, wenn er sich redlich verhalten und mit dem Rechteinhaber einen Lizenzvertrag geschlossen hätte<sup>18</sup>. Dennoch ist die Entscheidung des Gesetzgebers gegen eine pauschale Festsetzung der doppelten Lizenzgebühr zu befürworten. Zwar ist das Modell der doppelten Lizenzgebühr nicht als Strafschadensersatz zu qualifizieren<sup>19</sup>. Während der Strafschadensersatz hauptsächlich der Bestrafung und Abschreckung dient<sup>20</sup>, spielte bei der Zahlung einer doppelten Lizenzanalogie auch die Ausgleichsfunktion eine wesentliche Rolle. Allerdings ist es zweifelhaft, ob diese Schadenspauschalierung in jedem Fall, also auch bei leicht fahrlässigen Rechtsverletzungen, verhältnismäßig ist. Der Gesetzentwurf hat sich in Anlehnung an die bisherige Rechtsprechung für einen überzeugenden Mittelweg entschieden: die Zahlung einer angemessenen fiktiven Lizenzgebühr. Das Merkmal der Angemessenheit ermöglicht differenzierte, einzelfallbezogene Ergebnisse. Die Höhe der fiktiven Lizenzgebühr kann sich zum Beispiel am Verschuldensgrad orientieren. Produktpiraten können also auch nach diesem Modell zur Zahlung einer doppelten Lizenzanalogie verpflichtet werden.

## III. Vernichtungsanspruch

Die Vorschriften zum Vernichtungsanspruch sind an Art. 10 RL angepasst worden, für den Bereich der geografischen Herkunftsangaben ist der Vernichtungsanspruch erstmals vorgesehen<sup>21</sup>. Gemäß § 140 a I 1, II PatG, § 24 a I GebrMG, § 18 I 1, 2 MarkenG und § 43 I 1, 2 GeschmMG hat der Verletzte gegen den Verletzer einen Anspruch auf Vernichtung erstens der rechtsverletzenden Waren<sup>22</sup>, die sich im Besitz oder Eigentum des Verletzers befinden, sowie zweitens der im Eigentum des Verletzers stehenden Materialien und Geräte, die vorwiegend zur Herstellung bzw. widerrechtlichen Kennzeichnung dieser Gegenstände gedient haben. Zum zweiten Punkt hat der Gesetzgeber sein ursprüngliches, im Referentenentwurf widerspiegeltes Vorhaben aufgegeben, auch die Besitzer

9) Peukert/Kur, GRUR Int 2006, 292 f.; ähnlich Nägele/Nitsche, WRP 2007, 1047 (1053).

10) Gesetzesbegründung, S. 33, 37.

11) Gesetzesbegründung, S. 33.

12) BGH, GRUR 2001, 329 (331) – Gemeinkostenanteil; BGH, GRUR 1993, 55 (59) – Tchibo/Rolex II.

13) Hierzu Peifer, WRP 2008, 48 (50); Peukert/Kur, GRUR Int 2006, 292 f.

14) So Peukert/Kur, GRUR Int 2006, 292 (294).

15) Danach müssen Rechtsbehelfe „verhältnismäßig (...) sein und so angewendet werden, dass die Einrichtung von Schranken für den rechtmäßigen Handel vermieden wird“.

16) Danach kann bei der Schadensfestsetzung „mindestens“ die Gebühr berücksichtigt werden, „die der Verletzer hätte entrichten müssen, wenn er die Erlaubnis zur Nutzung des betreffenden Rechts des geistigen Eigentums eingeholt hätte“.

17) Bodewig/Wandtke, GRUR 2008, 220 (225 ff.); Nägele/Nitsche, WRP 2007, 1047 (1054). Der Bundesrat hat gefordert, „eine widerlegbare Gewinnvermutung in Höhe der doppelten Lizenzgebühr“ einzuführen (BR-Dr 64/07 [Beschl. v. 9. 3. 2007], S. 4).

18) BR-Dr 64/07 (Beschl. v. 9. 3. 2007), S. 4; Bodewig/Wandtke, GRUR 2008, 220 (225); Nägele/Nitsche, WRP 2007, 1047 (1054).

19) So aber die Gesetzesbegründung, S. 37.

20) BGHZ 118, 312 = NJW 1992, 3096 (3102 ff.); Democh, AfP 2002, 375 (377); Mörsdorf-Schulte, NJW 2006, 1184 f.

21) §§ 128 I 3, 135 I 3 i. V. mit § 18 I 1 MarkenG.

22) Während § 18 MarkenG sich bislang auf „widerrechtlich gekennzeichnete Gegenstände“ bezogen hat, spricht die Neuregelung – in Anlehnung an Art. 10 I RL – von „widerrechtlich gekennzeichneten Waren“. Eine inhaltliche Änderung scheint der Gesetzgeber mit der begrifflichen Anpassung jedoch nicht zu verbinden. Um sachwidrige Ergebnisse zu vermeiden, ist der Begriff „Ware“ weit auszulegen, sodass er ebenso wie der Begriff „Gegenstand“ auch widerrechtlich gekennzeichnete Verpackungen erfasst.

der Materialien und Geräte in den Kreis der Anspruchsverpflichteten einzubeziehen. Dieser Entschluss ist nachvollziehbar im Hinblick auf den Eigentumsschutz und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Er birgt aber die Gefahr, dass der Vernichtungsanspruch durch die (zeitweilige) Eigentumsübertragung auf einen Dritten umgangen wird<sup>23</sup>.

Allerdings hat der Gesetzentwurf den Anspruch auf Vernichtung der Materialien und Geräte anderweitig gemäß einer zwingenden Vorgabe des Art. 10 I 1 RL ausgedehnt. Nach den bisherigen Regelungen müssen die zu vernichtenden Vorrichtungen<sup>24</sup> „ausschließlich“ oder nahezu ausschließlich“ zur widerrechtlichen Herstellung bzw. Kennzeichnung benutzt werden oder bestimmt sein. Nunmehr genügt es, dass sie „vorwiegend“ der rechtsverletzenden Handlung dienen. Eigentümer können sich also nicht länger darauf berufen, ihre Materialien und Geräte dienten auch rechtmäßigen Zwecken. Unklar ist aber, was genau „vorwiegend“ in diesem Zusammenhang bedeutet. Dieses Merkmal ist im Lichte des Eigentumsschutzes und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auszulegen. Ob es erfüllt ist, sollte einzelfallbezogen bestimmt werden, um Umgehungsmaßnahmen zu erschweren. Dabei sollte neben der Anzahl der produzierten rechtsverletzenden bzw. rechtmäßigen Gegenstände auch ihre jeweilige wirtschaftliche Bedeutung gegenübergestellt werden.

#### IV. Rückruf- und Entfernungsanspruch

Neu sind die Regelungen zum Rückruf- und Entfernungsanspruch in § 140 a III PatG, § 24 a II GebrMG, § 18 II MarkenG und § 43 II GeschmMG, die ebenfalls der Umsetzung des Art. 10 RL dienen. Beide Ansprüche sind darauf gerichtet, die rechtsverletzenden Gegenstände aus den Vertriebswegen zu entfernen, um den Warenabsatz an die Kunden zu verhindern. Der Rückrufanspruch stellt einen speziellen Fall des Entfernungsanspruchs dar. Der Rückrufflichtige hat die Vertriebskette dadurch zu unterbrechen, dass er seine Abnehmer (z. B. Spediteure, Händler) auffordert, ihm die rechtsverletzende Ware zurückzugeben. Der Entfernungsanspruch ist vielgestaltiger. Er umfasst alle rechtlich zulässigen Methoden, um die Vertriebswege zu bereinigen. Insbesondere kann er den Verletzer verpflichten, seine Abnehmer aufzufordern, die rechtsverletzenden Gegenstände nicht weiter zu vertreiben. Solch ein Entfernungsanspruch kommt vor allem in Betracht, wenn die Warenrückgabe an den Verletzer unverhältnismäßig erscheint, weil sie z. B. mit hohen Kosten oder einem erheblichen organisatorischen Aufwand verbunden ist.

Die Neuregelungen unterscheiden sich insofern von dem Vernichtungsanspruch, als sie nicht voraussetzen, dass sich die rechtsverletzenden Gegenstände im Eigentum oder Besitz des Verletzers befinden. Erforderlich ist allerdings, dass es dem Verletzer möglich ist, die rechtsverletzenden Gegenstände von seinen Abnehmern zurückzuerlangen oder anderweitig aus den Vertriebswegen zu entfernen<sup>25</sup>, er muss Verfügungsgewalt über diese Gegenstände haben. Verfügungsgewalt liegt vor, wenn der Verletzer seine Abnehmer rechtlich, z. B. gemäß § 985 BGB oder einer vertraglichen Regelung, zur Rückgabe oder sonstigen Entfernung der rechtsverletzenden Gegenstände verpflichten kann (rechtliche Verfügungsgewalt). Nach den Neuregelungen ist eine rechtliche Verbindung des Verletzers zu den Gegenständen jedoch nicht zwingend. Es genügt vielmehr die rein tatsächliche Verfügungsgewalt, die vorliegt, wenn der Anspruchsverpflichtete seine Abnehmer in irgendeiner Erfolg versprechenden Weise beeinflussen kann, die Gegenstände zurückzugeben oder auf andere Weise aus

den Vertriebswegen zu entfernen<sup>26</sup>. In typischen Pirateriefällen ist eine solche Einflussnahme regelmäßig ausgeschlossen<sup>27</sup>. Etwas anderes gilt aber in Fällen, in denen der Geschäftsbetrieb und die Vertriebskanäle des Verletzers auch nach der Aufdeckung des Rechtsverstoßes aufrechterhalten bleiben. In diesen Fällen liegt es aus verschiedenen Gründen nahe, dass der Verletzer seine Abnehmer selbst ohne rechtlichen Druck zur Rückgabe oder sonstigen Entfernung aus den Vertriebswegen bewegen kann: Zum einen fühlen sich die Abnehmer ihrem – oftmals langjährigen – Geschäftspartner verpflichtet, da sie an einer künftigen guten Zusammenarbeit mit ihm interessiert sind. Zum anderen ist davon auszugehen, dass sich die Händler nicht bewusst rechtswidrig verhalten wollen, indem sie die rechtsverletzende Ware nach der Aufforderung des Verletzers weiter vertreiben, zumal sie sich damit dem Risiko einer unter Umständen weitgehenden Haftung aussetzen<sup>28</sup>. Die Kosten für den Rückruf oder die anderweitige Entfernung hat der Verletzer zu tragen (vgl. Art. 10 II RL).

#### V. Auskunftsansprüche

Durch die Neufassung von § 140 b PatG, § 24 b GebrMG, § 19 MarkenG<sup>29</sup> und § 46 GeschmMG werden die Auskunftsansprüche im Fall einer Rechtsverletzung erheblich ausgeweitet und erfassen auch unbeteiligte Dritte. Der vorrangig in Anspruch zu nehmende Verletzer (also Täter, Teilnehmer oder Störer) muss wie im früheren Recht bei jeder Rechtsverletzung Auskunft erteilen über Herkunft und Vertriebsweg der verletzenden Erzeugnisse bzw. Ware. Der Umfang der Auskunftsverpflichtung ist in Abs. 3 der jeweiligen Norm konkretisiert und umfasst anders als in der früheren Rechtslage grundsätzlich auch Preise.

Dritte, die nicht als Störer verantwortlich sind, können unter weiteren Voraussetzungen ebenfalls auf Auskunft in Anspruch genommen werden. Die Rechtsverletzung muss zunächst im gewerblichen Ausmaß begangen sein, wobei nach Erwägungsgrund 14 RL jedes Streben nach einem wirtschaftlichen Vorteil ausreicht<sup>30</sup>. Weiter muss der Rechteinhaber Klage erhoben haben oder es muss eine offensichtliche Rechtsverletzung vorliegen. Offen lässt die Gesetzesbegründung dabei, ob es für die Geltendmachung des Anspruchs ausreicht, dass die Klageschrift bei Gericht eingereicht wurde, oder darüber hinaus die Zustellung an den Beklagten erfolgt sein muss. Die erste Auslegung ist zwar vorzugswürdig und nach Art. 3 I 2 RL geboten, weil es ungerechtfertigt erscheint, den Rechteinhaber mit dem Risiko einer unverschuldet verzögerten Zustellung zu belasten<sup>31</sup>. Da jedoch gemäß § 253 I ZPO die Klageerhebung „durch Zustellung eines Schriftsatzes“ erfolgt und für ein

23) BR-Dr 64/07 (Beschl. v. 9. 3. 2007), S. 5.

24) Der Gesetzgeber scheint Vorrichtungen als Oberbegriff für Materialien und Geräte zu verstehen (Gesetzesbegründung, S. 31).

25) Gesetzesbegründung, S. 38.

26) OLG Köln, MD 2002, 802; OLG Hamburg, MD 1992, 34 f.

27) Hierzu Nägele/Nitsche, WRP 2007, 1047 (1056); Peukert/Kur, GRUR Int 2006, 292 (296).

28) OLG Köln, MD 2002, 802.

29) §§ 128 I 3, 135 I 3 i. V. mit § 19 MarkenG erstrecken den Auskunftsanspruch nunmehr auch auf den Bereich der geografischen Herkunftsangaben.

30) Die Gesetzesbegründung verweist ausdrücklich auf die Definition in Erwägungsgrund 14 RL; in den markenrechtlichen Regelungen ist das Merkmal nach der Begründung nicht erforderlich, weil ohnehin ein Handeln im geschäftlichen Verkehr Tatbestandsvoraussetzung der Markenverletzung sei (Gesetzesbegründung, S. 38 u. 44).

31) Auch nach Art. 8 I RL wäre diese Auslegung möglich, da die Auskunftsansprüche „im Zusammenhang mit einem Verfahren wegen Verletzung“ eines Schutzrechts zu gewähren sind; zur Auslegung vgl. Peukert/Kur, GRUR Int 2006, 292 (298), und Gesetzesbegründung, S. 39.

anderes Verständnis dieses Begriffes im Bereich der gewerblichen Schutzrechte kein Anhaltspunkt besteht, setzt der Anspruch die erfolgte Zustellung voraus. Im Rahmen eines Verfügungsverfahrens gegen den Verletzer stehen dem Rechteinhaber keine Auskunftsansprüche gegen Dritte zu. Eine offensichtliche Verletzung setzt nach der Rechtsprechung zu § 140 b PatG a. F. und § 19 MarkenG a. F., die auch in der Gesetzesbegründung aufgegriffen wird, einen in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht eindeutigen Sachverhalt voraus, bei dem die ungerechtfertigte Inanspruchnahme des Gegners ausgeschlossen erscheint<sup>32</sup>.

Die Auskunftspflicht trifft dann z. B. ausnahmslos jeden Spediteur oder Lagerhalter, der rechtsverletzende Waren in Besitz hatte<sup>33</sup>; darüber hinaus jeden, der rechtsverletzende Dienstleistungen in Anspruch nahm, für rechtsverletzende Tätigkeiten genutzte Dienstleistungen erbrachte (z. B. Internetauktionshäuser) oder nach Angaben einer solchen Person an Angeboten verletzender Waren bzw. Dienstleistungen beteiligt war. Weitere Voraussetzungen sind für den Auskunftsanspruch nicht erforderlich, insbesondere bedarf es keiner richterlichen Anordnung<sup>34</sup>. Dem auskunftspflichtigen Dritten steht ein Anspruch auf Erstattung der erforderlichen Kosten, nicht aber auf einen Kostenvorschuss, gegenüber dem Rechteinhaber zu. Eine Verweigerung der Auskunft ist möglich, wenn sich der Dritte auf ein Zeugnisverweigerungsrecht nach §§ 383–385 ZPO berufen kann. Da § 384 Nr. 3 ZPO die Zeugnisverweigerung in Bezug auf Geschäftsgeheimnisse vorsieht, dürfte der Anspruch häufig leer laufen<sup>35</sup>. Erfolgt die Geltendmachung des Auskunftsanspruchs während eines laufenden Prozesses, so kann dieser bis zum Erhalt der Auskünfte ausgesetzt werden.

In Fällen offensichtlicher Rechtsverletzung können die Auskunftsansprüche sowohl gegen den Verletzer als auch gegen Dritte im Wege der einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden. Im letzteren Fall dürfte ein Verfügungsanspruch allerdings in der Regel nur bestehen, wenn der Rechteinhaber nachweist, dass er den unbeteiligten Dritten außergerichtlich zur Erteilung der Auskunft aufgefordert und dabei im Einzelnen das Vorliegen der oben genannten Tatbestandsmerkmale dargelegt hat. Wie sich aus dem Verweis auf §§ 935–945 ZPO ergibt, ist dabei auch die Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes nach §§ 936, 917 ZPO erforderlich.

Bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Erteilung einer unvollständigen oder falschen Auskunft macht sich der Auskunftspflichtige schadensersatzpflichtig. Der nachweislich auf die Falsch Auskunft zurückzuführende Schaden dürfte sich allerdings zumeist auf zusätzlich entstandene Rechtsverfolgungs- oder Nachforschungskosten beschränken. Für den umgekehrten Fall, dass eine zutreffende Auskunft erteilt wurde, obwohl das Auskunftsbegehren objektiv unberechtigt war, sieht das Gesetz eine Haftungsprivilegierung vor. Der Auskunftserteilende haftet gegenüber Dritten für die Erteilung der Auskunft nur, wenn er wusste, dass das Begehren unberechtigt war. Hier ist zweifelhaft, ob die Haftungsprivilegierung auch dann greift, wenn es eine Partei unterlässt, sich auf ein bestehendes Zeugnisverweigerungsrecht zu berufen, insbesondere auf § 384 Nr. 3 ZPO, der auch anvertraute Geschäftsgeheimnisse Dritter erfasst<sup>36</sup>. Kann die Auskunft nur unter Verwendung von Verkehrsdaten im Sinne des § 3 Nr. 30 TKG erteilt werden, sind Telekommunikationsunternehmen nach entsprechender richterlicher Anordnung zur Weitergabe dieser Daten verpflichtet. Diese Regelung, die trotz teils massiver Bedenken für alle Schutzrechte einheitlich eingeführt wurde, ist in der Praxis vor allem bei Urheberrechtsverletzungen („filesharing“) von Bedeutung<sup>37</sup>.

## VI. Vorlage- und Besichtigungsansprüche

Neu eingefügt werden die § 140 c PatG, § 24 c GebrMG, § 19 a MarkenG und § 46 a GeschmMG, die dem Rechteinhaber bei hinreichender Wahrscheinlichkeit einer Rechtsverletzung die Gewinnung und Sicherung von anspruchsbegründenden Beweismitteln ermöglichen. Mit dem Merkmal der hinreichenden Wahrscheinlichkeit, das von der Richtlinie nicht vorgesehen ist<sup>38</sup>, werden die Grundsätze aufgegriffen, die der BGH in der Entscheidung „Faxkarte“<sup>39</sup> zum Besichtigungsanspruch nach § 809 BGB entwickelt hat<sup>40</sup>. Ausreichend sind demnach konkrete tatsächliche Anhaltspunkte, die die Möglichkeit einer Verletzung nahelegen. Der Rechteinhaber muss ferner darlegen, dass die Untersuchung zur Begründung eines Anspruchs erforderlich ist. Damit soll verhindert werden, dass der Antragsteller den Anspruch zur Ausforschung der Gegenseite missbraucht<sup>41</sup>. Darüber hinaus ermöglicht das Merkmal der Erforderlichkeit eine umfassende Abwägung, bei der auch die Geheimhaltungsinteressen des Besichtigungsschuldners und der Grad der Wahrscheinlichkeit, mit dem von einer Verletzung auszugehen ist, zu berücksichtigen sind. Schließlich muss sich die Urkunde oder Sache in der Verfügungsgewalt des Verletzers befinden, wobei es auf die Eigentums- oder Besitzverhältnisse nicht ankommt.

Inhaltlich richtet sich der Anspruch auf die Vorlage von Urkunden oder die Besichtigung der Sache. Wie sich aus dem Verweis auf § 811 BGB ergibt, erfolgt die Vorlage an dem Ort, an dem sich der Gegenstand zum Zeitpunkt der Anordnung befindet<sup>42</sup>. Primär ist die Anordnung auf Vorlage, also auf Einsichtnahme durch den Besichtigungs-gläubiger gerichtet. Bei umfangreichen Unterlagen ist auch die Fertigung von Kopien zulässig<sup>43</sup>; soweit eine Sequestration der Unterlagen erfolgen kann, ist anstelle dessen die Fertigung von Kopien sogar als milderer Mittel geboten. Der Begriff der Besichtigung ist weit zu verstehen und umfasst über das bloße Betrachten der Sache auch deren umfassende Untersuchung einschließlich des Ein- oder Ausschaltens von Maschinen sowie Substanzeingriffe<sup>44</sup>. Zur Durchsetzung von Verfahrenspatenten stellt § 140 c PatG klar, dass auch ein Verfahren Gegenstand der Besichtigung sein kann. Der Vorlageanspruch er-

32) Gesetzesbegründung S. 39; vgl. *OLG Hamburg*, WRP 1997, 106 (113) – Gucci; *OLG Düsseldorf*, GRUR 1993, 818 (820 f.) – Mehrfachkleiderbügel.

33) Zur Begründung der Störerhaftung des Spediteurs *OLG Düsseldorf*, BeckRS 2008, 00088.

34) Für dieses Erfordernis hatten sich mit guten Gründen *Peukert/Kur*, GRUR Int 2006, 292 (297), ausgesprochen; kritisch auch *Spindler/Weber*, ZUM 2007, 257 (259).

35) Stellungnahme der GRUR, GRUR 2007, 765.

36) Statt aller *Huber*, in: *Musielak*, ZPO, 6. Aufl. [2008], § 384, Rdnr. 5.

37) Vgl. *Peukert/Kur*, GRUR Int 2006, 292 (298); *BT-Dr 16/8788*. Zu den Regelungen im Einzelnen *Czychowski*, GRUR-RR 2008, 265 (im nächsten Heft).

38) Art. 6 I RL sieht einen Vorlageanspruch vor, wenn der Rechteinhaber alle „vernünftigerweise verfügbaren Beweismittel“ vorgelegt hat. Wie *Nägele/Nitsche*, WRP 2007, 1047 (1052), zu Recht feststellen, umfasst dieser Wortlaut auch Fälle, in denen der Rechteinhaber objektiv überhaupt keine Beweismittel vorlegen kann.

39) *BGH*, GRUR 2002, 1046.

40) Gesetzesbegründung, S. 40.

41) Gesetzesbegründung, S. 40.

42) „Ort“ i. S. des § 811 BGB ist stets die politische Gemeinde, *Häuffer*, in: *MünchKomm*, 4. Aufl. [2004], § 811 Rdnr. 2.

43) So schon zu § 810 BGB *Marburger*, in: *Staudinger*, BGB, 2002, § 810 Rdnr. 5; vgl. *OLG Köln*, NJW-RR 1996, 382: Die Mitnahme ist zulässig, wenn die Prüfung umfangreicher Unterlagen am Vorlageort praktisch nicht durchführbar ist.

44) Ausführlich *Kühnen*, Die Durchsetzung von Patenten in der Praxis, 2008, Rdnr. 162.

streckt sich ferner auf Bank-, Finanz- und Handelsunterlagen, wenn der hinreichende Verdacht einer im gewerblichen Umfang begangenen Verletzung besteht. Das letztere Merkmal bildet, wie sich aus der Definition in Erwägungsgrund 14 RL ergibt, keine wirkliche Einschränkung des Anspruchs. Ausgeschlossen sind z. B. Handlungen, die nach § 11 Nr. 1 PatG privilegiert sind, oder Markennutzungen außerhalb des geschäftlichen Verkehrs. Da auch die Vorlage von Unterlagen verlangt werden kann, die zur Begründung von Schadenersatzansprüchen erforderlich sind, umfasst die Vorlagepflicht sämtliche geschäftlichen Unterlagen, aus denen sich Informationen über den Umfang der Vertriebshandlungen und die Gestehungskosten ergeben.

Die Regelungen schaffen einen materiell-rechtlichen Anspruch auf Vorlage bzw. Besichtigung, sodass es der Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens, das mit einer Duldungsverfügung auf der Grundlage von § 809 BGB kombiniert wird, nicht mehr bedarf. Im Ergebnis wird sich die von der „Düsseldorfer Praxis“ entwickelte Form des einheitlichen Beschlusses, bei dem Regelungen für den Umfang der Besichtigung, für die Duldung durch den Besichtigungsschuldner und zur Verschwiegenheit der Beteiligten getroffen werden, dennoch kaum ändern<sup>45</sup>. In Fällen einer offensichtlichen Rechtsverletzung (s. o.) kann der Besichtigungsanspruch im Wege der einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden, wobei auch in diesen Fällen die Dringlichkeit glaubhaft zu machen ist<sup>46</sup>.

Nicht gefolgt ist der Gesetzgeber dem Vorschlag, dem Verletzungsgericht auch die Befugnis einzuräumen, eine Durchsuchungsanordnung nach § 758 a ZPO zu erlassen<sup>47</sup>. Soweit der Aufbewahrungsort der zu untersuchenden Unterlagen oder Sachen nicht bekannt ist und der Schuldner diese nicht freiwillig vorlegt, muss daher die für eine Durchsuchung der Geschäftsräume erforderliche richterliche Anordnung weiterhin mit separatem Antrag beim Gericht am Ort der Räumlichkeiten (§ 802 ZPO) erwirkt werden.

Von einer Regelung der in der Praxis besonders bedeutsamen Frage der Geheimhaltung vertraulicher Informationen hat der Gesetzgeber trotz einer Vielzahl von Vorschlägen abgesehen<sup>48</sup>. Vielmehr wird in das Ermessen des Gerichts gestellt, welche Maßnahmen im Einzelfall unter Berücksichtigung der Interessen beider Parteien erforderlich sind. Als Regelfall verweist der Gesetzgeber darauf, dass die Prüfung der Unterlagen bzw. die Besichtigung der Sache durch einen zur Verschwiegenheit verpflichteten Dritten erfolgen kann, der im Rahmen eines Gutachtens zur Frage der Rechtsverletzung Stellung nimmt<sup>49</sup>. Dieses Vorgehen entspricht im Ansatz der etablierten „Düsseldorfer Praxis“. Es wird allerdings nicht berücksichtigt, dass bei gesetzlicher Verankerung eines Besichtigungsanspruchs verfassungsrechtliche Bedenken gegen den Ausschluss der Partei vom Ortstermin des Sachverständigen bestehen<sup>50</sup>. Jedenfalls sollte der Sachverständige zur Vermeidung einer Beeinflussung durch den Besichtigungsschuldner von einem anwaltlichen Vertreter des Antragstellers begleitet werden, der gerichtlich zur Verschwiegenheit auch gegenüber seiner Partei verpflichtet werden kann<sup>51</sup>. Über die Herausgabe des vollständigen oder gekürzten Gutachtens entscheidet das Gericht nach Anhörung des Besichtigungsschuldners und unter Berücksichtigung des vom Sachverständigen ermittelten Wahrheitsgrads. Da Abs. 4 der jeweiligen Norm auf § 811 BGB insgesamt verweist, ist es auch möglich, die Durchsetzung der Ansprüche gemäß § 811 II BGB von der Hinterlegung einer Sicherheit durch den Antragsteller abhängig zu machen<sup>52</sup>.

Schließlich enthalten die Regelungen in Abs. 5 eine besondere Vorschrift zum Schadensersatz. Stellt sich nachträglich heraus, dass eine Rechtsverletzung nicht vorliegt, kann der Besichtigungsschuldner den Ersatz des entstandenen Schadens verlangen. Die Sonderregelung ist erforderlich, da die Vorlage- oder Besichtigungsverfügung lediglich die hinreichende Wahrscheinlichkeit einer Verletzung voraussetzt und daher unter Umständen nicht i. S. von § 945 ZPO von Anfang an ungerechtfertigt war. Abs. 4 der Norm enthält wiederum ein Beweisverwertungsverbot.

## VII. Sicherung von Schadensersatzansprüchen

Ebenfalls neu in die Immaterialgütergesetze eingefügt werden § 140 d PatG, § 24 d GebrMG, § 19 b MarkenG und § 46 b GeschmMG, mit denen der Verletzer zum Zweck der Sicherung von Schadensersatzansprüchen zur Vorlage von oder zur Gewährung eines Zugangs zu Bank-, Finanz- und Handelsunterlagen verpflichtet werden kann. Für die Umsetzung des eigentlichen Anspruchs auf vorläufige Beschlagnahme des Verletzervermögens in Art. 9 II 1 RL sah der Gesetzgeber trotz abweichender Anspruchsvoraussetzungen im Hinblick auf die bestehenden Arrestvorschriften (§§ 916 ff. ZPO) keinen Bedarf<sup>53</sup>.

Der Anspruch setzt voraus, dass die Verletzung in gewerblichem Ausmaß begangen wurde (s. o.) und die Erfüllung einer Schadensersatzforderung fraglich ist. Dabei reicht eine objektive Gefährdung der Durchsetzbarkeit des Anspruchs aus<sup>54</sup>. Das Vorliegen einer Gefährdung ist vor allem anhand der Art der Verletzung („normale“ Verletzung/Pirateriefälle) und der Höhe des zu erwartenden Schadensersatzes sowie der Finanzkraft des Verletzers zu bestimmen. Ist die Erfüllung fraglich, so erstreckt sich der Vorlage- bzw. Zugangsanspruch auf alle Unterlagen, die zur Durchsetzung erforderlich sind. Erfasst sind sämtliche Geschäftsunterlagen, aus denen sich Rückschlüsse auf verwertbares Vermögen des Verletzers ergeben und die sich in der Verfügungsgewalt des Verletzers befinden. Auf die Eigentums- oder Besitzverhältnisse an den Unterlagen kommt es nicht an. Da der Zweck der Vorlage vor allem darin besteht, eine nachfolgende Beschlagnahme des Verletzervermögens im Wege des Arrests zu ermöglichen, setzt der Anspruch auch nicht voraus, dass bereits ein vollstreckbarer Titel vorliegt oder gar ein Vollstreckungsversuch unternommen wurde<sup>55</sup>. Die Vorlage bzw. Zu-

45) Muster bei Kühnen, GRUR 2005, 185 (187); z. T. kritisch zur „Düsseldorfer Praxis“ Eck/Dombrowski GRUR 2008, 387.

46) Peukert/Kur, GRUR Int 2006, 292 (300); zustimmend Eck/Dombrowski, GRUR 2008, 387 (393); a. A. Tilmann, GRUR 2005, 737 (738); differenzierend Kühnen, GRUR 2005, 185 (193).

47) Für diese praxisnahe Regelung Tilmann, GRUR 2005, 737 (739); Stellungnahme der GRUR, GRUR 2007, 765 f.

48) Insbesondere von Abrens, GRUR 2005, 837; vgl. auch Tilmann, GRUR 2005, 737; Spindler/Weber, MMR 2006, 711.

49) Gesetzesbegründung, S. 41.

50) S. Stellungnahme GRUR, GRUR 2007, 765 f.; ausführlich Spindler/Weber, MMR 2006, 711 (712 f.).

51) Kühnen, GRUR 2005, 185 (191).

52) So auch schon BGH, GRUR 2002, 1046 (1049) – Faxkarte. Im Verfügungsverfahren kann das Gericht das Gesuch überdies von einer Sicherheitsleistung nach §§ 936, 921 S. 2 ZPO abhängig machen, dazu auch Kühnen, GRUR 2005, 185 (195).

53) Gesetzesbegründung, S. 31. Die unterbliebene Umsetzung dürfte nicht europarechtskonform sein, da § 917 ZPO höhere Anforderungen an einen Arrestgrund stellt als von der Richtlinie vorgesehen. Hier ist eine richtlinienkonforme Auslegung geboten.

54) Nach den anderen Sprachfassungen von Art. 9 II RL reicht es, wenn Umstände vorliegen, auf Grund derer die Erfüllung des Schadensersatzanspruchs gefährdet erscheint („circumstances likely to endanger the recovery of damages“, ähnl. die frz. Fassung).

55) Missverständlich insoweit die Gesetzesbegründung, S. 41.

gangsgewährung kann im Wege der einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden, wenn ein Schadensersatzanspruch offensichtlich besteht. Es müssen also Verletzungstatbestand und Verschulden des Verletzers so eindeutig vorliegen, dass eine Fehlentscheidung praktisch ausgeschlossen ist.

Den Schutz vertraulicher Informationen hat wie beim Besichtigungsanspruch das Gericht im Einzelfall durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen. In Betracht kommt insbesondere die Sequestration der Unterlagen durch den Gerichtsvollzieher mit anschließender Herausgabe an einen unabhängigen, zur Verschwiegenheit verpflichteten Dritten, der die Unterlagen filtert. Der Schutz vertraulicher Information führt allerdings nicht dazu, dass dem Verletzten Informationen über mögliche Vollstreckungsobjekte vorenthalten werden dürfen<sup>56</sup>. Zu verhindern ist lediglich die Weitergabe von solchen Informationen, die zur Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs nicht erforderlich sind, wie z. B. Kundendaten oder Preiskalkulationen. Die aus der Vorlage gewonnenen Erkenntnisse dürfen auch hier nicht im Rahmen eines Strafverfahrens gegen den Verletzer verwendet werden.

### VIII. Urteilsveröffentlichung

Mit der Einfügung der § 140 e PatG, § 24 e GebrMG, § 19 c MarkenG wird in diesen Gesetzen erstmals die Möglichkeit geschaffen, zivilrechtliche Urteile auf Kosten des Prozessgegners zu veröffentlichen. Diese Möglichkeit bestand bislang nur bei Strafurteilen<sup>57</sup>. Zugleich wird § 47 GeschmMG, der bereits früher die Urteilsveröffentlichung regelte, dem Wortlaut der anderen Vorschriften angepasst. Die Vorschriften sind nach der Gesetzesbegründung der Regelung in § 12 IV UWG nachempfunden<sup>58</sup>, sodass für die Auslegung weitgehend auf die entsprechende Literatur zurückgegriffen werden kann.

Die Vorschriften über die Urteilsveröffentlichung dienen der Umsetzung von Art. 15 RL, bleiben jedoch hinter deren Vorgaben insoweit zurück, als die Veröffentlichung nur nach Abschluss eines Hauptsacheverfahrens und Rechtskraft des Urteils, nicht jedoch im Rahmen eines Verfügungsverfahrens möglich sein soll<sup>59</sup>. Der Anspruch steht nicht nur, wie in Art. 15 RL vorgesehen, dem Rechteinhaber zu, sondern der obsiegenden Partei. Es kann also auch einer Partei die Befugnis zur Urteilsveröffentlichung zugesprochen werden, die sich erfolgreich gegen einen Verletzungsvorwurf verteidigt hat<sup>60</sup>.

Zentrales Merkmal für die Zubilligung der Veröffentlichungsbefugnis ist das berechnete Interesse, das substantiiert darzulegen ist. Dieses Erfordernis ist von der Richtlinie nicht vorgesehen, aber zulässig, weil auch nach der Richtlinie die Anordnung der Veröffentlichung insgesamt in das Ermessen des Gerichts gestellt ist<sup>61</sup>. Gleichwohl dürfen an die Darlegungslast keine überzogenen Anforderungen gestellt werden<sup>62</sup>. Denn die Zubilligung des Anspruchs hängt nicht allein davon ab, ob die Urteilsveröffentlichung nach einer umfassenden Interessenabwägung beider Parteien erforderlich ist, um einen durch die Verletzung eingetretenen Störungszustand zu beseitigen<sup>63</sup>. Vielmehr ist bei der Interessenabwägung künftig auch das ausdrückliche Ziel des Richtliniengabers zu berücksichtigen, mit der Veröffentlichung potenzielle Verletzer abzuschrecken und die Öffentlichkeit zu sensibilisieren<sup>64</sup>. Gleichwohl fehlt es an einem berechtigten Interesse, wenn die Urteilsveröffentlichung vor allem der Demütigung der Gegenpartei dienen soll<sup>65</sup>, die Verletzungshandlung eine lediglich untergeordnete Bedeutung hatte<sup>66</sup> oder bereits

eine anderweitige öffentliche Klarstellung erfolgt ist<sup>67</sup>. Das berechnete Interesse muss zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vorliegen<sup>68</sup>.

Art und Umfang der Veröffentlichung stehen im Ermessen des Gerichts, dem insoweit ein weiter Beurteilungsspielraum bei der redaktionellen Auswahl der zu veröffentlichenden Teile des Urteils zukommt. Im Ergebnis hängen Art und Umfang der Veröffentlichung und auch die Wahl des Veröffentlichungsmediums davon ab, wie weit das berechnete Interesse der obsiegenden Partei reicht<sup>69</sup>. Der Ausspruch, mit dem eine Veröffentlichungsbefugnis zugewilligt wird, ist nach der ausdrücklichen Anordnung in Satz 3 der jeweiligen Norm nicht vorläufig vollstreckbar. Dies gilt auch für den insoweit gegenüber der früheren Rechtslage geänderten § 47 GeschmMG. Die Einschränkung hält der Gesetzgeber für erforderlich, weil eine erfolgte Veröffentlichung nicht mehr rückgängig zu machen ist und im Fall einer Urteilsaufhebung der Ruf der erstinstanzlich unterliegenden Partei beeinträchtigt bleibt<sup>70</sup>. Macht der Begünstigte von der Veröffentlichungsbefugnis nicht innerhalb von drei Monaten nach Rechtskraft Gebrauch, erlischt diese. Anders als in der bisherigen Fassung des § 47 III GeschmMG kann der Begünstigte bei den neu eingeführten Regelungen keinen Vorschuss für die Veröffentlichungskosten mehr verlangen. Die Kostenerstattung regelt sich nach § 788 ZPO, da die Urteilsveröffentlichung ein Akt der Zwangsvollstreckung ist<sup>71</sup>.

### IX. Fazit

Die Umsetzung der Richtlinie erweitert in zahlreichen Punkten die Ansprüche der Rechteinhaber, bedeutet also aus der Sicht der Rechteinhaber eine Verbesserung der Rechtslage. Bedauerlicherweise bleibt die Umsetzung in einigen Punkten hinter den Vorgaben der Richtlinie zurück und verweist auf vermeintlich ausreichendes Instrumentarium bestehender Vorschriften der ZPO. Hier wird es die Aufgabe der Gerichte sein, unter der gebotenen Berücksichtigung der europäischen Vorgaben, in vielen Fällen im Wege richtlinienkonformer Auslegung, die gewünschte Zielsetzung – eine verbesserte Durchsetzung von Immaterialgüterrechten – zu realisieren, ohne den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit außer Acht zu lassen.

56) Gesetzesbegründung, S. 42.

57) Vgl. § 142 VI PatG, § 25 VI GebrMG, § 143 VI MarkenG.

58) Gesetzesbegründung, S. 42.

59) Art. 15 RL verweist, auch in den anderen Sprachfassungen, auf „Verfahren“.

60) So zum UWG Köhler, in: *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, WettbewerbsR, 26. Aufl. (2008), § 12 Rdnr. 4.6.

61) Gesetzesbegründung, S. 42.

62) Anders ggf. bei § 12 UWG, *Schlingloff*, in: *MünchKomm-UWG*, 2006, § 12 Rdnr. 604: volle Darlegungs- und Beweislast.

63) St. Rspr. seit *BGH*, GRUR 1954, 327 (342) – Radschutz-Entscheidung.

64) Erwägungsgrund 27 RL.

65) *OLG Hamburg*, WRP 1994, 122 (124) – Jeansüberfärbungen.

66) Vgl. *BGH*, GRUR 1956, 558 (562) – Regensburger Karmelitergeist; *BGH*, GRUR 1966, 623 (627) – Kupferberg.

67) Vgl. *BGH*, GRUR 1968, 437 (439) – Westfalenblatt III; *BGH* GRUR 1992, 527 (529) – Plagiatsvorwurf II.

68) *OLG Celle*, GRUR 2002, 799 (801) – Stadtbahnfahrzeug (zu § 103 UrhG).

69) *Köhler* (o. Fußn. 60), § 12 Rdnr. 4.13; ausführlich *Schlingloff*, in: *MünchKomm-UWG*, § 12 Rdnr. 619.

70) Gesetzesbegründung, S. 42. Jedoch bleibt die Möglichkeit zur Veröffentlichung auf der Grundlage eines vorläufig vollstreckbaren Urteils in § 103 UrhG n. F. bestehen.

71) *Köhler*, in: *Hefermehl/Köhler/Bornkamm* (o. Fußn. 60), § 12 Rdnr. 4.16.