

Schriften des Zentrums für angewandte
Rechtswissenschaft, Universität Karlsruhe (TH)
4

Wolfgang W. Göpfert

Die Strafbarkeit von Markenverletzungen



Wolfgang W. Göpfert

Die Strafbarkeit von Markenverletzungen

Schriften des Zentrums für angewandte Rechtswissenschaft

Band 4

ZAR | Zentrum für angewandte Rechtswissenschaft

Universität Karlsruhe (TH)

Herausgeber der Schriftenreihe: *Prof. Dr. Thomas Dreier M.C.J.*

Prof. Dr. Jürgen Kühling LL.M.

Prof. Dr. Peter Sester Dipl.-Kfm.

Die Strafbarkeit von Markenverletzungen

von
Wolfgang W. Göpfert



universitätsverlag karlsruhe

Dissertation an der Universität Freiburg i. Br., Rechtswissenschaftliche Fakultät

Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Freiburg i.Br.:

Prof. Dr. jur. Andreas Voßkuhle

Erstgutachter:

*Prof. Dr. jur. Thomas Dreier, MCL, Institut für Informationsrecht,
Universität Karlsruhe (TH)*

Zweitgutachter:

*Prof. Dr. Roland Hefendehl, Institut für Kriminologie und Wirtschaftsrecht,
Universität Freiburg i.Br.*

Ort und Tag der mündlichen Prüfung:

Freiburg i. Br., am 28. und 30. November 2005

Die Dissertation wurde am Institut für Informationsrecht der Universität
Karlsruhe (TH) geschrieben. Stand Dezember 2004.

Impressum

Universitätsverlag Karlsruhe
c/o Universitätsbibliothek
Straße am Forum 2
D-76131 Karlsruhe
www.uvka.de



Dieses Werk ist unter folgender Creative Commons-Lizenz
lizenziert: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/de/>

Universitätsverlag Karlsruhe 2006
Print on Demand

ISSN 1860-8744
ISBN 3-937300-97-X

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	6
1. Einleitung	19
2. Markenstrafrecht im Wandel der Zeit	25
3. Kennzeichenrechtliche Strafvorschriften	59
1. Teil: Straftatbestände des Markenrechts	60
2. Teil: Strafrechtlicher Schutz nach dem StGB etc.	211
3. Teil: Konkurrenzen	221
4. Rechtsdurchsetzung (Strafverfolgung und Rechtsfolgen)	225
5. Tatsächliche Sanktionierung von Kennzeichenverletzungen	277
6. Europäisches und Internationales Markenstrafrecht	295
7. Anregungen zur Verbesserung des strafrechtlichen Markenschutzes	337
Anhang 1: Historischer Überblick kennzeichenrechtlicher Strafvorschriften	431
Anhang 2: Fragebogen zur tatsächlichen Anwendung der §§ 143 ff. MarkenG	449
Literaturverzeichnis	455

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung _____	19
A. Die Marke im betriebswirtschaftlichen Kontext _____	19
B. Aufbau und Ziel der Arbeit _____	21
2. Markenstrafrecht im Wandel der Zeit _____	25
A. Kennzeichen in der Antike _____	25
B. Mittelalterliches Zunftmarkenrecht _____	27
C. Marken im Umbruch zur Moderne _____	28
I. Allgemeines _____	28
II. Markenschutz in Frankreich und England _____	29
III. Entwicklung des Zeichenrechts in den deutschen Einzelstaaten ____	31
1. Allgemeines _____	31
2. Baden und Württemberg _____	33
3. Preußen _____	34
4. Bayern _____	35
5. Sonstige Länder _____	36
D. Markenschutz im Deutschen Reich und im Nationalsozialismus ____	36
I. Reichsstrafgesetzbuch von 1870/71 _____	37
II. Gesetz über den Markenschutz von 1874 _____	37
III. Reichsgesetz zum Schutz der Waarenbezeichnungen von 1894 ____	39
IV. Warenzeichengesetz von 1936 _____	40
E. Markenrecht in der Bundesrepublik Deutschland und der DDR seit 1945 _____	43
I. Nachkriegszeit und Wiederaufbau _____	43
II. Produktpirateriegesetz 1990 _____	44
1. Allgemeines _____	44
2. Änderung der Straftatbestände des WZG _____	46
3. Zusammenfassung _____	48

III. Markengesetz 1994	49
IV. MarkenrechtsänderungsG 1996	51
V. Aktuelle Gesetzgebungsinitiativen	52
1. Strafrechtlicher Schutz der Gemeinschaftsmarke	52
2. Sonstige Anpassungen des Markenrechts, bspw. aufgrund des Markenrechtsvertrags/ TLT	53
VI. Markenschutz in der DDR	53
 F. Zusammenfassung	 55
3. Kennzeichenrechtliche Strafvorschriften	59
1. Teil: Straftatbestände des Markenrechts	60
A. Allgemeines	60
I. Gegenstand und Entstehung des Schutzes	62
II. Der Maßstab des Bestimmtheitsgebots	63
1. Bedeutung und Aufgaben des Bestimmtheitsgebots	64
2. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	65
a) Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit	66
b) Zulässigkeit normativer Begriffe	67
c) Übliche Auslegungsmethoden	68
d) Heranziehung anderer Vorschriften	70
e) Bestimmbarkeit normativer Rechtsbegriffe durch eine gefestigte Rechtsprechung	71
f) Gesetzliche Bestimmtheit	73
g) Schwere der angedrohten Strafe	74
h) Berücksichtigung des Normadressaten	75
i) Erfordernis fachgerichtlicher Bestimmtheit	75
3. Rechtsfolgen einer Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes / Praktische Relevanz	76
4. Bestimmtheitsgrundsatz im Kennzeichenrecht	77
5. Europarechtlicher und internationaler Einfluss auf die verfassungsrechtliche Prüfung	79
III. Handeln im geschäftlichen Verkehr	81
IV. Rechtsverletzende Benutzung von Kennzeichen	85
1. Allgemeines	85
2. Auswirkungen des Meinungsstreits auf die Strafbarkeit von Kennzeichenverletzungen	88
3. Typische Benutzungshandlungen	90

4. „Benutzung“ im Internet _____	93
V. Rechtsverletzende Benutzung geschäftlicher Bezeichnungen _____	95
1. Begriff der Benutzung _____	95
2. Benutzung bei Werktiteln _____	96
VI. Fehlende Zustimmung des Zeicheninhabers / Unbefugte Benutzung _____	97
1. Allgemeines _____	97
2. Nachträgliche Zustimmung _____	98
VII. Löschung der älteren Marke _____	99
B. Kennzeichenverletzung, § 143 MarkenG _____	100
I. Grundtatbestand _____	101
1. Objektiver Tatbestand, § 143 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 _____	101
a) Identitätsschutz, § 143 Abs. 1 Nr.1, 1. Alt. _____	101
b) Verwechslungsschutz, § 143 Abs. 1 Nr. 1, 2. Alt. _____	103
(1) Allgemeines _____	103
(2) Schutzzumfang der älteren Marke _____	105
(3) Ähnlichkeit der Waren/Dienstleistungen: _____	106
(4) Ähnlichkeit der Zeichen: _____	107
(5) Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgebot _____	108
(6) Gedankliche Verbindung der Marken _____	113
c) Erweiterter Schutz bekannter Marken, § 143 Abs. 1 Nr. 2 _____	115
(1) Allgemeines _____	116
(2) Bekannte Marke _____	117
aa) Allgemeines, Bekanntheit im Inland _____	117
bb) Notorisch bekannte Marken _____	119
cc) Exkurs: Demoskopie im Strafrecht: _____	119
dd) Einbeziehung qualitativer Elemente _____	122
(3) Zeichenähnlichkeit _____	123
(4) Warenähnlichkeit _____	123
(5) Beeinträchtigung der Rechtsposition des Inhabers der bekannten Marke _____	126
bb) Beeinträchtigung / Ausnutzung der Wertschätzung _____	127
cc) Ausnutzen / Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft (Markenverwässerung) _____	129
(6) Unlauterkeit der Beeinträchtigung / der Ausnutzung _____	130
(7) Nichtvorliegen eines rechtfertigenden Grundes _____	132
(8) Bestimmtheit des Tatbestands _____	133
aa) Allgemeines _____	133
bb) Beeinträchtigung / Ausnutzung der Wertschätzung (Markenausbeutung) _____	137

cc) Beeinträchtigung/Ausnutzung der Unterscheidungskraft (Markenverwässerung) _____	139
(9) Ergebnis _____	142
d) Markenrechtsverletzende Vorbereitungshandlungen, § 143 Abs. 1 Nr. 3 _____	143
(1) Allgemeines _____	143
(2) Tathandlungen _____	144
(3) Spätere kennzeichenverletzende Benutzung _____	145
(4) Ergebnis _____	147
e) Verletzung geschäftlicher Bezeichnungen, § 143 Abs. 1 Nr. 4 _	148
(1) Allgemeines _____	148
(2) Sonderfall Internet-Domains _____	149
(3) Inhalt und Umfang des Schutzes _____	150
aa) Identitäts- und Verwechslungsschutz _____	150
bb) Räumlicher Schutzbereich von Unternehmensbezeichnungen _____	152
cc) Verwechslungsgefahr bei Werktiteln, _____	153
f) Ausnutzung und Beeinträchtigung bekannter geschäftlicher Bezeichnungen, § 143 Abs. 1 Nr. 5 _____	154
2. Subjektiver Tatbestand _____	156
a) Allgemeines _____	156
b) Bedingter Vorsatz _____	158
c) Besondere subjektive Tatbestandsmerkmale _____	160
II. Qualifizierte Kennzeichenverletzung _____	162
1. Allgemeines _____	162
2. Gewerbsmäßigkeit _____	162
3. Kritik _____	164
III. Versuch der Tat _____	166
IV. Widerrechtlichkeit _____	167
1. Allgemeines _____	167
2. Schutzschranken des Markenrechts _____	168
a) Verjährung _____	169
b) Verwirkung _____	169
c) Ausschluss von Ansprüchen bei Bestandskraft jüngerer Marken	170
d) Benutzung von Namen und beschreibenden Angaben _____	171
e) Erschöpfung _____	173
f) Verfall _____	173
3. Sonstige Rechtfertigungsgründe _____	174
V. Verschulden _____	174
VI. Irrtümer _____	174
VII. Täterschaft und Teilnahme _____	177

1. Täterschaft _____	177
2. Teilnahme _____	178
3. Notwendige Teilnahme des Erwerbers _____	180
4. Strafbarkeit juristischer Personen _____	181
a) Allgemeines _____	181
b) Strafbarkeit des faktischen Geschäftsführers _____	182
C. Verletzung von Gemeinschaftsmarken, § 143a MarkenG _____	183
D. Verletzung geographischer Herkunftsangaben, § 144 MarkenG _____	186
I. Allgemeines _____	186
II. Strafbare Benutzung nationaler geographischer Herkunftsangaben _____	188
1. Irreführungs- und Qualitätsschutz _____	189
2. Schutz des besonderen Rufs von Herkunftsangaben _____	193
3. Schutz von durch Rechtsverordnung näher bestimmten Herkunftsangaben _____	196
4. Benutzung ähnlicher Namen, Angaben oder Zeichen _____	197
III. Strafbare Benutzung gemeinschaftsrechtlich geschützter Herkunftsangaben _____	198
IV. Subjektiver Tatbestand _____	201
V. Strafbarkeit des Versuchs, Rechtsfolgen und Sonstiges _____	201
E. Bußgeldvorschriften, § 145 MarkenG _____	203
I. Allgemeines _____	203
II. Missbrauch von staatlichen Hoheitszeichen oder Prüf- und Gewährzeichen _____	203
III. Pflichtverletzung im Rahmen des gemeinschaftsrechtlichen Schutzes von Herkunftsangaben _____	206
F. Ergebnis _____	208
2. Teil: Strafrechtlicher Schutz nach dem StGB sowie sonstigen Gesetzen _____	211
A. Allgemeines _____	211
B. Strafbarkeit nach anderen Gesetzen zum Schutz des geistigen Eigentums _____	213
I. Strafbarkeit nach § 16 Abs. 1 UWG _____	213

1. Allgemeines, objektiver Tatbestand _____	213
2. Subjektiver Tatbestand, Sonstiges _____	215
II. Strafbarkeit nach § 15 UWG a.F. _____	216
III. Strafbarkeit nach § 17 UWG, KuG und UrhG _____	217
IV. Steuerstraftaten _____	217
3. Teil: Konkurrenzen _____	221
A. Mehrfache Verwirklichung der §§ 143 ff. MarkenG _____	221
B. Verhältnis zu anderen Delikten _____	222
4. Rechtsdurchsetzung (Strafverfolgung und Rechtsfolgen) _____	225
A. Vorbemerkung _____	225
B. Ermittlungsverfahren _____	225
I. Einleitung von Ermittlungen _____	225
1. Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft _____	226
2. Strafantragserfordernis _____	227
3. Strafantragsrecht des Lizenznehmers _____	228
4. Verfolgung von Amts wegen _____	229
a) Vorliegen des besonderen öffentlichen Interesses _____	229
b) Strafverfolgung in den Fällen des §§ 143 Abs. 2, 143 a Abs. 2 i.V.m. 143 Abs. 2 und 144 MarkenG _____	231
c) Ermittlungen von Ordnungswidrigkeiten _____	231
d) Fazit _____	231
5. Verfolgungshindernis Verjährung _____	232
II. Beweisgewinnung _____	233
1. Durchsuchung, Sicherstellung und Beschlagnahme _____	234
2. Sicherung der Ausgleichsansprüche des Verletzten _____	237
3. Sonstige Maßnahmen _____	238
III. Abschlussverfügungen _____	239
1. Anklageerhebung / Strafbefehl _____	239
2. Einstellung mangels Tatverdachts oder fehlender Täterermittlung _____	240
3. Einstellung durch Verweisung auf den Privatklageweg _____	241
4. Einstellung trotz Tatverdachts _____	241
a) Einstellung wegen Geringfügigkeit _____	241
b) Einstellung gegen Auflagen _____	242

c) Einstellung bei Mehrfachtätern / Beschränkung der Verfolgung	243
d) Einstellung bei Vorfragen	243
C. Gerichtliches Verfahren	244
I. Zuständigkeit der Strafgerichte	245
II. Hauptverhandlung	246
1. Allgemeines	246
2. Bindung des Verletzungsrichters an die Kennzeicheneintragung	247
3. Aussetzung	249
III. Verfahrensabschluss, Rechtsmittel	250
IV. Besondere Verfahrensarten	251
1. Strafbefehlsverfahren	251
2. Privatklage	251
3. Beteiligung des Verletzten / Nebenklage	252
4. Anschluss- und Adhäsionsverfahren	253
V. Einfluss später eintretender Umstände auf die Strafbarkeit / Wiederaufnahme	255
1. Allgemeines	255
2. Verfahren	257
D. Rechtsfolgen	258
I. Strafen	259
1. Überblick	259
2. Freiheits- und Geldstrafe	259
3. Verwarnung mit Strafvorbehalt	261
4. Strafzumessung	262
II. Weitere Sanktionsmöglichkeiten, Maßregeln des Besserung und Sicherung	263
1. Einziehung	263
a) Gegenstand der Einziehung	264
b) Einziehungsvoraussetzungen	265
c) Vollzug der Einziehung	267
d) Vorrang des Zivilrechts	268
2. Verfall	268
a) Grundsätzlicher Verfall der Tatgewinne	268
b) Subsidiarität des Verfalls	269
3. Beseitigung und Vernichtung	270
4. Urteilsbekanntmachung	271

a) Allgemeines _____	271
b) Veröffentlichung nach § 143 Abs. 6 MarkenG _____	272
c) Bekanntmachung bei strafbarer Benutzung geographischer Herkunftsangaben _____	273
5. Berufsverbot _____	274
III. Sanktionierung von Ordnungswidrigkeiten _____	276
5. Tatsächliche Sanktionierung von Kennzeichenverletzungen _____	277
A. Vorbemerkung _____	277
B. Wirtschaftliche Auswirkungen _____	279
C. Statistiken zu Kennzeichenverletzungen _____	281
I. Strafverfolgungsstatistiken 2001 und 2002 _____	281
II. Jahresbericht Wirtschaftskriminalität 2002 _____	284
III. Erster Periodischer Sicherheitsbericht 2001 _____	287
IV. Produktpiraterieberichte der Bundesregierung _____	288
1. Erster Produktpirateriebericht 1993 _____	289
a) Ermittlungsverfahren: _____	289
b) Verfahrenseinstellung _____	290
c) Gerichtsverfahren _____	290
d) Qualifikation, Versuch _____	291
e) Sonstiges _____	291
2. Zweiter Produktpirateriebericht 1999 _____	291
a) Ermittlungsverfahren _____	292
b) Verfahrenseinstellung _____	293
c) Gerichtsverfahren _____	293
d) Qualifikation, Versuch _____	293
e) Sonstiges _____	294
3. Bewertung und Vergleich der Berichte _____	294
a) Allgemeines _____	294
b) Ermittlungsverfahren _____	296
c) Gerichtsverfahren _____	297
d) Qualifikation, Versuch _____	297
e) Ergebnis _____	297
V. Sondierungen der EU-Kommission _____	298
1. „Grünbuch Produktpiraterie“ von 1998 _____	298
2. Ergebnisse der Befragung _____	300
VI. Grenzbeschlagnahmestatistiken des Zolls _____	303

D. Rechtsanwendung durch die Ermittlungsbehörden_____	305
I. Allgemeines_____	305
II. Praxis der Staatsanwaltschaften _____	306
III. Umfrage zur Strafverfolgung von Markenverletzungen _____	308
1. Zielsetzung _____	308
2. Konzeption des Fragebogens _____	309
3. Durchführung der Befragung _____	310
4. Auswertung der Ergebnisse _____	310
a) Frage 1 – Anzahl der Ermittlungsverfahren _____	311
b) Fragen 2a) und 2b) – Ermittlungsverfahren wegen Verstoß gegen die Strafvorschriften des Markenrechts ____	312
c) Frage 3 – Grunddelikt und Qualifikation _____	315
d) Frage 4 – Verfahrenseinstellung _____	316
(1) Frage 4a) – Einstellungsquote _____	316
(2) Frage 4b) – Gründe der Einstellung _____	318
(3) Frage 4c) – Art und Höhe der Auflagen_____	319
(4) Zusammenfassung _____	319
e) Frage 5 – Klageerhebung _____	320
f) Frage 6 – Verurteilungen, Straforten und Strafmaß _____	322
(1) Frage 6a) – Verurteilungsquote _____	322
(2) Frage 6b) – Art der Strafe _____	323
(3) Frage 6c) – Strafhöhe _____	324
(4) Zusammenfassung _____	324
g) Frage 7 – Versuch der Tat _____	324
h) Frage 8 – Verletzung bekannter Marken _____	325
i) Frage 9 – Anwendung von Nebenstrafen und sonstiger Maßnahmen _____	326
j) Frage 10 – Anwendungsprobleme _____	327
k) Frage 11 – Verbesserungsmöglichkeiten _____	329
E. Zusammenfassung und Bewertung_____	332
6. Markenstrafrecht im Europäischen und Internationalen Kontext _____	337
A. Allgemeines_____	337
B. Rechtsnormen der Europäischen Union _____	338
I. Einführung_____	338

II. Harmonisierungsrichtlinie 89/104/EG _____	339
III. Gemeinschaftsmarkenverordnung _____	340
IV. Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums _____	342
1. Entstehungsgeschichte und Zielsetzung _____	342
2. Einzelmaßnahmen _____	344
V. Maßnahmen zur Grenzbeschlagnahme _____	347
1. Allgemeines _____	347
2. Verordnung (EG) Nr. 3842/86 _____	348
3. Revision der EG-Grenzbeschlagnahmeverordnung, Verordnung (EG) Nr. 3295/94 _____	349
4. Neue Grenzbeschlagnahmeverordnung (EG) Nr. 1383/2003 _____	350
5. Projekt MUSYC _____	351
VI. Fazit _____	352
 C. Internationale Regelungen _____	 353
I. Pariser Verband _____	354
1. Pariser Verbandsübereinkunft _____	354
2. Madrider Markenabkommen und Protokoll _____	355
3. Markenrechtsvertrag _____	356
II. WIPO/OMPI und WTO _____	357
1. TRIPS-Abkommen _____	357
2. Markenstrafrecht im TRIPS-Abkommen _____	359
 D. Strafbarkeit von Kennzeichenverletzungen in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union _____	 361
I. Allgemeines _____	361
II. Benelux-Staaten _____	362
1. Niederlande _____	362
2. Belgien _____	363
3. Luxemburg _____	364
III. Dänemark _____	364
IV. Finnland _____	365
V. Frankreich _____	366
VI. Griechenland _____	368
VII. Irland _____	369
VIII. Italien _____	370
IX. Österreich _____	372

X. Portugal _____	373
XI. Schweden _____	374
XII. Spanien _____	374
XIII. Vereinigtes Königreich _____	376
XIV. Vergleich der Strafsanktionen in der EU _____	377
 E. Zusammenfassung _____	 381
 7. Anregungen zur Verbesserung des strafrechtlichen Markenschutzes ____	 383
 A. Vorbemerkung _____	 383
 B. Stellungnahmen der verschiedenen Interessensgruppen _____	 383
 I. GRUR e.V. _____	 384
II. Markenverband _____	386
III. Literatur, Sonstiges _____	387
1. Knaak _____	387
2. Wölfel _____	388
3. Braun _____	390
4. Schmidl _____	392
5. Wegfall des Strafantragserfordernisses _____	395
6. Sonstige Stellungnahmen _____	396
 C. Einbettung des Markenstrafrechts in die Europäischen und Internationalen Vorgaben _____	 397
 I. Berücksichtigung von Art. 61 TRIPS, Ergebnisse der AIPPI-Tagung 2002 in Lissabon _____	 397
1. Allgemeines _____	397
2. Bericht der deutschen Landesgruppe _____	398
3. Entschließung der AIPPI _____	399
II. Vorhaben der EU _____	400
1. Begleit- und Folgemaßnahmen zur Richtlinie 2004/48/EG _____	400
2. Europäischer Haftbefehl _____	401
 D. Anregungen zur effektiven Ausgestaltung des Markenstrafrechts ____	 402
 I. Resümee der Untersuchung _____	 403
II. Funktion und Zweck des Markenstrafrechts _____	408

1. Berücksichtigung der geänderten Auffassung über die Aufgaben des Strafrechts _____	408
2. Bedeutung für das Markenstrafrecht _____	410
III. Schlussfolgerungen _____	413
1. Materiell-rechtliche Modifikationen des Markengesetzes _____	413
a) Änderungen der objektiven Tatbestände _____	413
b) Modifikationen auf der subjektiven Tatbestandsseite _____	416
c) Strafart und Strafmaß _____	417
d) Absehen von Strafe _____	419
e) Eingliederung ins Kernstrafrecht _____	420
f) Vorschlag einer Umgestaltung der markenrechtlichen Straftatbestände _____	420
2. Verfahrensrechtliche Verbesserungen _____	423
a) Regelung des Schadensersatzes im Strafverfahren _____	423
b) Zuständigkeitskonzentration beim Landgericht _____	423
3. Begleitende Maßnahmen _____	424
IV. Ausblick _____	427

1. Einleitung

A. Die Marke im betriebswirtschaftlichen Kontext

„Das Material ist pflegeleicht, die Marke nicht.“

Diese Aussage der Modeschöpferin Kathleen Madden bringt auf den Punkt, wie viel Mühe es kostet, eine Marke in wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht zu verteidigen.¹

Bereits in der Antike wurden Markennamen benutzt, um Produkte zu verkaufen. Bei der heutzutage immer größer werdenden Produktvielfalt nimmt die Bedeutung unterscheidungskräftiger Kennzeichen ständig zu. Die fortschreitende Globalisierung und der gestiegene Wettbewerbsdruck lassen die Märkte immer enger werden. Die Produktqualität wird aufgrund moderner Fertigungsmethoden und Automatisierung laufend verbessert, wodurch eine Differenzierung durch einen Qualitätsvorsprung schwieriger wird. Auch gleichen sich die Produkte selbst im Design oftmals immer mehr, so dass Marken aufgrund der sich dadurch ergebenden hohen Austauschbarkeit der Produkte eine wichtige Orientierung für den oft ratlosen Kunden darstellen.

Ein positives Markenimage ist fast unbezahlbar, um die Sprunghaftigkeit im Konsumentenverhalten einzudämmen. Aus diesem Grund ist der Trend zur Marke ungebrochen. So wurden im Jahre 2003 insgesamt 57.637 Gemeinschaftsmarkenanmeldungen vorgenommen.² Auch in Deutschland werden ständig neue Rekorde erreicht, es gingen im Jahr 2003 über 62.000 Markenmeldungen beim Deutschen Patent- und Markenamt ein, was einen Anstieg um 8,1% gegenüber 2002 bedeutet.³

Marken sind ein wesentliches Instrument einer gezielten Unternehmensstrategie. Unternehmen können mit ihnen wirksam mit der Öffentlichkeit und den Verbrauchern kommunizieren. Mit einer gezielten Markenpolitik können Marktanteile bewahrt und hinzugewonnen werden. In rechtlicher Hinsicht spiegelt sich diese Entwicklung wider in der andauernden Diskussion über die verschiedenen Markenfunktionen. Hier zeichnet sich eine Tendenz ab weg von der traditionellen Herkunftsfunktion hin zu einer umfassenden Kommunikationsfunktion der Marke.⁴

¹ Aus „3M's: Menschen, Märkte, Marken“, Heft Juli 2001.

² Jahresbericht 2003 über die Tätigkeit des HABM. S. 10.

³ Jahresbericht 2003 des DPMA.

⁴ Fezer, MarkenR, Einl, RN 35 und 39, der für den Schutz aller ökonomischen Funktionen der Marke plädiert, sog. „Multifunktionalität“ der Marke.

Sehr deutlich wird diese Entwicklung von Marken auf dem Automobilssektor. Immer mehr Fahrzeughersteller versuchen, den Status einer sog. „Premiumbrand“ zu erreichen. Diese Firmen (z.B. Volvo oder Audi) konnten ihr Image – welches letztlich auf guter Produktqualität, attraktivem Design und einem hohen Maß an technischem und werblichem Aufwand beruht – und ihre Absatzzahlen in der Vergangenheit deutlich steigern. Die restlichen „normalen“ Hersteller (bspw. Opel oder Ford) mussten teilweise erhebliche Umsatzrückgänge hinnehmen, obwohl deren Produkte nicht von wesentlich schlechterer Qualität sind.

Insofern ist es oft nur noch die Marke, mit der die Verbraucher ein gewisses Image sowie eine gewisse Qualität verbinden und die ihre Kaufentscheidung beeinflussen. Die Marke weist nicht nur auf den Hersteller einer Ware hin, sie schafft auch ein Vertrauensverhältnis mit dem Verbraucher, bürgt für den guten Ruf des Unternehmens und bietet eine Gewähr für gleich bleibende Qualität. Die Marke ist Kapital, sie lässt sich zudem über Lizenzen, Franchising und Merchandising vielfach gewerblich verwerten. Das kann so weit gehen, dass die Marken eines Unternehmens als der wichtigste Vermögenswert angesehen werden.

Umso wichtiger ist es daher, Marken zu schützen und sich gegen jeden Missbrauch zu wehren. Trotz umfangreicher Bemühungen, den Markenschutz auf nationaler und gemeinschaftsrechtlicher Ebene zu verbessern, zählt die Fälschung von Markenwaren nach wie vor zu einer lukrativen „Wachstumsbranche“. Wesentliche Markenverletzungen, oftmals in der Gestalt sog. Produkt- und Markenpiraterie, haben in den letzten Jahren nach Ansicht von Fachleuten immens zugenommen. Während in der Vergangenheit die Fälschung von Produkten oder die Verwendung des guten Namens anderer Produzenten nur bei hochpreisigen Luxusartikeln eine Rolle spielte, wird heutzutage nahezu alles gefälscht, was sich einigermaßen problemlos verkaufen lässt.⁵ Die der Volkswirtschaft dadurch entstehenden Schäden sind enorm. Die Unternehmer werden um ihren möglichen maximalen Gewinn gebracht, im Folgenden entgehen dem Staat Steuereinnahmen. Aber auch der Verbraucher kann durch nachgeahmte Produkte Nachteile erleiden, man denke nur an Fälschungen bei Flugzeugersatzteilen oder nicht-originale Medikamente. Das Vorgehen der Täter wird – auch durch die oftmals scheinbar schwierige oder nicht ernsthaft verfolgte Rechtsdurchsetzung in Kombination mit den hohen möglichen Gewinnen – immer dreister.

Die wirksame rechtliche Verteidigung gewerblicher Schutzrechte kann in diesem Zusammenhang von den Unternehmen nicht mehr vernachlässigt werden. Zwar handelt es sich bei dem Phänomen der zunehmenden Fälschungen von Gütern letztlich um ein gesellschaftlich-ethisches Problem, nämlich der Frage, inwieweit solche Verhaltensweisen toleriert werden.⁶ Jedoch muss die Rechtsordnung auf-

⁵ Güldenbergr, Der volkswirtschaftliche Wert und Nutzen der Marke, GRUR 1999, 843 (844).

⁶ Paradebeispiel ist die anhaltende Diskussion um den „Diebstahl“ von Liedern aufgrund des

grund der zumindest in unserem westlich-orientierten Kulturkreis aktuell geltenden Wertordnung, welche geistige Leistungen des Einzelnen als schützenswert und kommerzialisierbar erachtet, das zur Sanktionierung von Verletzungshandlungen notwendige Instrumentarium zur Verfügung stellen. Dies gilt auch für die strafrechtliche Verfolgung von Markenverletzungen, die in der Vergangenheit gegenüber den zivilrechtlichen und zollrechtlichen Möglichkeiten in den Hintergrund geraten waren, deren verstärkte Anwendung aber seit einiger Zeit wieder vermehrt gefordert wird.

Zur angemessenen Reaktion auf die Zunahme von Markenverletzungen hat der Gesetzgeber in jüngerer Vergangenheit die strafrechtlichen Möglichkeiten wieder gestärkt. Dies geschah vor allem durch das Inkrafttreten des Gesetzes zur Stärkung des Schutzes des geistigen Eigentums und zur Bekämpfung der Produktpiraterie⁷ am 1. Juli 1990, des Gesetz zum Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen vom 25. Oktober 1994⁸ sowie die Neuschaffung eines Tatbestands der strafbaren Verletzung einer Gemeinschaftsmarke. Ziel dieser Neuregelungen war es, die strafrechtlichen Verfolgungsmöglichkeiten gegen vorsätzliche Markenverletzer zu verbessern, in dem einerseits lückenlose Straftatbestände mit höheren Strafrahmen geschaffen wurden und andererseits zahlreiche begleitende Maßnahmen zur effektiven Bekämpfung von Schutzrechtsverletzungen eingeführt wurden.

Eine Erhöhung des Schutzniveaus von Marken wird auch durch die Europäische Union angestrebt, die neben der Harmonisierung des materiellen Rechts der Mitgliedsstaaten und den diversen Grenzbeschlagnahmeverordnungen nunmehr auch durch die Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums ein Bündel von Maßnahmen und Verfahren eingeführt hat, mit denen die Inhaber aller gewerblichen Schutzrechte diese effektiv gegenüber Rechtsverletzungen durchsetzen können sollen.

B. Aufbau und Ziel der Arbeit

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es zunächst, die bestehenden kennzeichenstrafrechtlichen Regelungen der §§ 143 ff. MarkenG dahingehend zu untersuchen, ob sie einen effektiven Schutz gegen solche Markenverletzer bieten, bei denen ein zivilrechtliches Vorgehen auf Unterlassung und Schadensersatz keine große Wirkung zeigt. In umgekehrter Richtung soll nachgeprüft werden, ob durch die im neuen Markengesetz vom Gesetzgeber vorgenommene umfassende Bezugnahme

Heruntergeladen aus Internet-Tauschbörsen im Urheberrecht.

⁷ BGBl. 1990, S. 422 ff., nachfolgend Produktpirateriegesetz (PrPG).

⁸ BGBl. I. 1994, S. 3082 ff., nachfolgend Markengesetz (MarkenG).

auf die zivilrechtlichen Tatbestände der §§ 14 und 15 sich ergebende weite Fassung die im Strafrecht geltenden Besonderheiten bei der Auslegung und Anwendung von Strafnormen beachtet werden. Hinzu kommt, dass im neuen Markengesetz einige Tatbestandsalternativen mit wettbewerbsrechtlicher Natur in die Strafbarkeit einbezogen wurden, die vorher nicht unter Strafbewehrung standen.

Insofern sind die Straftatbestände des Markenrechts am verfassungsrechtlich vorgegebenen Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG, §§ 1 StGB, 3 OWiG zu messen. Dieses beinhaltet die Verpflichtung des Gesetzgebers, das mit Strafe bewehrte Verhalten hinreichend genau vorzugeben, so dass für den potentiellen Täter die Tragweite und der Anwendungsbereich der Straftatbestände – wenn auch ggf. durch Auslegung anhand von feststehenden Grundsätzen – zu erkennen ist. Jeder Bürger soll vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist. Ein Kernstück der Arbeit soll daher die Herausarbeitung der vom Gesetzgeber und vom Bundesverfassungsgericht vorgegebenen Anforderungen des Bestimmtheitsgebots an eine Strafnorm sowie die Überprüfung der §§ 143 ff. anhand dieser Kriterien sein.

Neben der juristischen Analyse der einschlägigen Vorschriften ist ein zweiter Schwerpunkt der Arbeit die Analyse der Art und des Umfangs der tatsächlichen Verfolgung von Markenverletzungen. Daher soll versucht werden, die Anwendung der existierenden Regelungen durch die Ermittlungsbehörden und Gerichte sowie sich dabei möglicherweise ergebende Probleme durch Auswertung bestehender Statistiken sowie eine eigene Umfrage bei den deutschen Staatsanwaltschaften darzustellen.

Konkret soll im 2. *Kapitel* zunächst die Kodifikationsgeschichte der markenstrafrechtlichen Regeln dargestellt werden. Dabei werden vor allem die Entwicklungen der letzten 200 Jahre betrachtet, welche die sich ändernden Vorstellungen von der Aufgabe des Markenrechts als zunächst rein strafrechtlich-gewerbepolizeiliches Sanktionenrecht hin zum heutzutage vorrangig zivilrechtlichen Markenschutz deutlich widerspiegeln. Diese Kenntnis soll als Grundlage und zum besseren Verständnis der späteren Erörterungen dienen. Zum besseren Überblick wird diesem Kapitel eine Aufstellung der markenstrafrechtlichen Regeln seit dem Reichsstrafgesetzbuch von 1870/71 angefügt.

Nach der Einordnung des geltenden Rechts in den geschichtlichen Hintergrund werden im 3. *Kapitel* die bei Markenverletzungen in Frage kommenden Strafnormen des gewerblichen Rechtsschutzes im Detail und unter besonderer Berücksichtigung des Bestimmtheitsgebots problematisiert. Daran anschließend widmet sich das 4. *Kapitel* der Rechtsdurchsetzung und beschreibt den typischen Ablauf von Ermittlungs- und gerichtlichen Verfahren sowie die möglichen Rechtsfolgen im Falle der Verurteilung wegen den Strafvorschriften des Markenrechts. Da sich die Arbeit auch an vorrangig im zivilen Kennzeichenrecht tätige

Rechtsanwender richtet, werden die verschiedenen Verfahrensabschnitte vergleichsweise ausführlich erläutert.

Letztlich hängt der Wert der möglichen Sanktionen jedoch davon ab, ob das zur Verfügung stehende Instrumentarium nicht nur auf dem Papier steht, sondern auch effektiv eingesetzt wird. Deshalb befasst sich das *5. Kapitel* mit der Auswertung verschiedener deutscher und europäischer Strafverfolgungs- und sonstiger Statistiken und Erhebungen, um den Umfang und die daraus resultierende Wichtigkeit der Bekämpfung von Markenverletzungen aufzuzeigen. Um über die verfügbaren Statistiken hinausgehendes und zudem aktuelles Datenmaterial über die Häufigkeit, die Durchführung und mögliche Besonderheiten von Ermittlungs- und Gerichtsverfahren in Kennzeichenstrafsachen zu gewinnen, wurde des Weiteren eine eigene Umfrage bei den deutschen Staatsanwaltschaften über die in den Jahren 2001 bis Mitte 2003 durchgeführten Ermittlungsverfahren durchgeführt. Damit soll überprüft werden, ob das vorhandene umfangreiche rechtliche Instrumentarium grundsätzlich in allen strafbaren Varianten von vorsätzlichen Markenverletzungen genutzt wird, oder ob sich die Strafverfolgung – wie so oft vermutet – tatsächlich vor allem auf eindeutige Pirateriefälle mit evidenter und gezielter Nachahmung von Markenwaren beschränkt. Schließlich wurde versucht zu ermitteln, welche Probleme bei der praktischen Anwendung der Strafnormen bestehen und welche Maßnahmen zur effektiveren Bekämpfung von Nachahmungen von den Rechtsanwendern für sinnvoll gehalten werden.

Typisch für Markenverletzungen ist, dass sie nicht vor nationalen Grenzen Halt machen. Vielmehr machen sich die Täter bei der Nachahmung von Markenwaren gerade bestehende Unterschiede im Lohngefälle und der Verfolgungsintensität zunutze. Eine effektive internationale Zusammenarbeit betreffend einerseits die Schaffung eines einheitlichen materiellen Markenrechts und andererseits bei der Ermittlung und Verfolgung von Verletzungshandlungen ist unabdingbar. Folglich ordnet das *6. Kapitel* die nationalen Strafnormen in das Geflecht internationaler Vertragswerke auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes ein. Weiterer Schwerpunkt dieses Abschnitts ist die kurze Darstellung des Markenstrafrechts in den verschiedenen EU-Mitgliedsstaaten. Dadurch kann ersehen werden, wie andere Staaten mit dem Problem der Zunahme von vorsätzlichen Kennzeichenverletzungen umgehen. Schließlich werden auch die vielfältigen Anstrengungen der EU zur Schaffung gemeinschaftsweiter Rechtsnormen zur Verfolgung von Schutzrechtsverletzungen gewürdigt.

Die – teilweise auch bereits in der Vergangenheit von der Literatur unterbreiteten – Maßnahmen zur effektiveren strafrechtlichen Bekämpfung von Markenverletzungen sollen im *7. Kapitel* kurz kritisch beleuchtet und Ihre Realisierungsmöglichkeiten bewertet werden. Abschließend wird in diesem Kapitel ein Resümee gezogen und ein Vorschlag für eine künftige Gestaltung der §§ 143 ff. MarkenG nebst etwaiger weiterer Maßnahmen gemacht.

2. Markenstrafrecht im Wandel der Zeit

Seit jeher wird derjenige, der eine eigene Leistung erschaffen hat, mit der Nachahmung derselben konfrontiert. Dies gilt auch für Marken, die nach derzeitigem Verständnis auf die Herkunft des Produkts aus einem bestimmten Unternehmen hinweisen und die werbliche Leistung eines Unternehmers symbolisieren. Die Entwicklung der geistigen und kreativen Fähigkeiten des Menschen geht einher mit dem Versuch, erfolgreiche Leistungen anderer zu imitieren. Der Nachahmer versucht dabei, den Ruf und die Arbeitsergebnisse anderer unter Ersparung eigener kreativer Anstrengungen zu seinem Vorteil auszunutzen.

Die Bewertung eines solchen Handelns hängt von der jeweils geltenden Wirtschaftsverfassung ab. Es ist die Aufgabe des jeweils geltenden Rechts, den Interessenkonflikt zwischen der Zulässigkeit von Anlehnungen an Erzeugnisse von Konkurrenten als wichtigem Motor einer freien Wirtschaftsordnung und dem Schutz der geistigen Leistungen des Einzelnen zur Förderung der Innovationsbereitschaft zu einem befriedigenden Ausgleich zu bringen.

Im folgenden Kapitel soll ein kurzer Abriss der Geschichte des Markenschutzes und der dazu korrespondierenden rechtlichen Vorschriften gegeben werden. Dabei wird das Augenmerk – der Intention dieser Arbeit folgend – vor allem auf die strafrechtlichen Vorschriften sowie die naturgemäß für das heutige Verständnis besonders maßgebende jüngere Entwicklung gerichtet. Die Kenntnis der geschichtlichen Zusammenhänge und des sich im Laufe der Zeit wandelnden Verständnisses von den Aufgaben des Markenrechts soll helfen, die aktuelle Diskussion um die Möglichkeiten zur Verbesserung des strafrechtlichen Markenschutzes besser einordnen zu können. Bei der Darstellung werden daher auch einige grundlegende Änderungen des zivilrechtlichen Markenrechts aufgezeigt. Diese scheinen zwar zunächst keine unmittelbare Relevanz für das Markenstrafrecht zu haben. Gleichwohl wird durch sie das sich wandelnde Verständnis von Marken und deren Funktion sichtbar. Auch knüpfen die heutigen Strafvorschriften umfassend an die zivilrechtlichen Regeln an, weshalb eine klare Trennung auf der Tatbestandsseite ohnehin nicht gezogen werden kann.

A. Kennzeichen in der Antike

Während bereits in den ersten bekannten Rechtsordnungen ein Schutz der materiellen Güter gewährt wurde, entwickelte sich der Strafschutz von Immaterialgüterrechten erst verhältnismäßig spät.⁹ Gleichwohl existierte die Vorstellung, dass der Verkehr mit einem Zeichen bestimmte Vorstellungen hinsichtlich der Herkunft aus einem bestimmten Betrieb oder einer bestimmten Güte verbindet, be-

⁹ Lampe/Wölker, Der strafrechtliche Schutz der Geisteswerke, UFITA 76, 141, I.

reits seit langer Zeit.¹⁰ Insofern bestand auch seit jeher ein Bedürfnis, Nachahmungen und Verwechslungen von Gütern zu verhindern.

Die ersten Funde von Marken sind wohl Herstellerzeichen auf mehr als 7000 Jahre alten Tonkrügen in Siebenbürgen.¹¹ Auch in der altchinesischen Porzellanmanufaktur finden sich Nachweise von Fabrikzeichen.¹² Im Jahre 600 v. Chr. lassen sich die ersten Kopien von Statuen nachweisen, deren Originale im Jahre 2400 v. Chr. geschaffen wurden.¹³ Folglich ist die Marke als solche ein relativ altes Phänomen. Meistens handelte es sich bei diesen Frühformen von Marken um Herkunftsnachweise, Handwerker- und Gildezeichen, oder um landesspezifische Differenzierungsmerkmale.

Im Wirtschaftsleben der Antike gab es noch keine industrielle Produktion, vielmehr bestand das Gewerbewesen überwiegend aus kleinen Handwerksbetrieben. Die Hersteller von Kunstgewerbegegenständen wie Schmuck, Tonlampen oder Silbergerät brachten dabei ihr Künstler- und Handwerkszeichen auf ihren Waren an.¹⁴ So trat in Rom ein Zeichen der Herstellungsstätte neben das Zeichen des Urhebers. Auch lassen sich bei den Salben der Augenärzte Fabrik- und Handelsmarken nachweisen.¹⁵ Dies diente neben der Funktion als Produktionszeichen vor allem der Unterscheidbarkeit zu den Produkten der Konkurrenten.¹⁶ Eine solche Vorgehensweise reichte damals auch aus, da noch keine industrielle Produktion stattfand und die Fertigung von Waren in überschaubaren Stückzahlen erfolgte.

Ein spezielles Recht der Marken gab es damals noch nicht, vielmehr wurden Verletzungen im römischen Reich nach dem Namensrecht bestraft.¹⁷ Ein falscher Name und eine „betrügerische falsche signa“ wurde dabei in Rom nach der sog. *lex cornelia de fabris* bestraft¹⁸, was die ersten Ansätze des strafrechtlichen Schutzes belegt. Ein zivilrechtliches Vorgehen ermöglichte die *actio iniuriarum* gegen die durch den Gebrauch eines fremden Namens vorliegende Kränkung, den Ersatz des Vermögensschadens bestimmte die *actio doli*.¹⁹ Jedoch handelte es sich hierbei nicht um spezielle markenrechtliche Regelungen und es wurde noch nicht zwischen den einzelnen Arten der Schutzrechte unterschieden.

¹⁰ Hubmann/Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 2 I. 3.

¹¹ Wölfel, Rechtsfolgen von Markenverletzungen, 1. Kapitel, C. I. (S. 32).

¹² Droste, Auch mehr als 100 Jahre: Deutsches Warenzeichenrecht, GRUR 1977, 411.

¹³ Schmidl, Die Bekämpfung der Produktpiraterie, 1. Teil B. I. 1. a) aa) (S.30).

¹⁴ So hat der attische Meister Exekias (ca. 550 bis 530 v. Chr.) seine Vasen signiert. Eine Schale mit der Meerfahrt des Dionysos ist in München in der staatlichen Antikensammlung zu sehen.

¹⁵ Bussmann, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, S. 5.

¹⁶ Carratu, Commercial counterfeiting, Trade Mark World 1986, 14 (15).

¹⁷ Hubmann/Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 2 I. 3.

¹⁸ Busse/Starck, Warenzeichengesetz, 6. Auflage 1990, Einf. 5.

¹⁹ Lampe/ Wölker, Der strafrechtliche Schutz der Geisteswerke, UFITA 76, 141 (142).

B. Mittelalterliches Zunftmarkenrecht

Im Mittelalter herrschte eine gegensätzliche Vorstellung zu der modernen Auffassung einer auf Wettbewerbsfreiheit gerichteten Wirtschaftsordnung.²⁰ Das Wirtschaftsleben wurde im Wesentlichen gekennzeichnet durch die Einordnung des einzelnen Gewerbetreibenden in die strenge Ordnung der Zünfte und Gilden, die Erfindungen und geistige Leistungen ihrer Mitglieder als Gemeingut betrachteten.

Bei den Zünften handelte es sich um den genossenschaftlichen Zusammenschluss der kleineren städtischen Warenproduzenten – meist Handwerker und andere Kleingewerbetreibende – einer oder mehrerer Berufszweige zur Regelung und Wahrnehmung von wirtschaftlichen, sozialen, politischen und religiösen Funktionen. In den Zunftordnungen wurde versucht, das Ziel einer sozialen Absicherung der Zunftmitglieder durch einen weitgehenden Ausschluss des Leistungswettbewerbs zwischen den Zunftmitgliedern zu erreichen.²¹

Ein wesentliches Element dieser Handwerksgenossenschaften war der Zunftzwang. Dieser sollte die kleineren Produzenten schützen und ihnen den Erwerb sichern, da nur Zunftmitglieder zum Handwerk zugelassen wurden. Konkurrenz innerhalb der Stadt wurde so ausgeschaltet. Diese bestand bspw. aus den Handwerkern vom Lande und den sog. „Bönhasen“, nichtzünftigen Stadthandwerkern, die auch als Störer und Pfuscher bezeichnet wurden. Gegen diese Nichtmitglieder bestanden zahlreiche Verbotungs- und Verfolgungsrechte.²²

Die Zünfte fungierten somit vor allem als wichtigstes Überwachungsorgan neben dem Staat auf dem Bereich des Gewerberechts. Die Zunftstatuten regelten das wirtschaftliche Leben. In ihnen wurden neben den Rechten und Pflichten der einzelnen Zunftangehörigen auch Wettbewerbsregeln genossenschaftlich festgelegt.²³ Diese Wettbewerbsregeln sollten allen Meistern das Erwerbseinkommen sichern, aber vor allem die Kunden vor finanzieller Ausplünderung schützen sowie die Versorgung der städtischen Bevölkerung sicherstellen. In der Realität erfolgte jedoch trotz der hohen Regelungsdichte vielfach ein Betrug am Kunden aufgrund minderer Qualität, falscher Gewichte oder überhöhter Preise.²⁴

Trotz der starren Zunftordnungen, die die Leistung der gesamten Zunft in den Vordergrund rückte und Individualinteressen zurücktreten ließ, erfuhr das Markenwesen in dieser Zeit einen gewissen Aufschwung. Die aus den Haus- und

²⁰ Verwirklicht z.B. im Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25. März 1957, BGBl. II, 766.

²¹ Preu, Von der Zunft zum europäischen Patent und der Gemeinschaftsmarke, GRUR 1982, 354 (355).

²² Zimmermann, Frühe Beispiele aus der Welt der gewerblichen Schutzrechte, GRUR 1967, 173 (174).

²³ Müller, Das Zunftwesen der spätmittelalterlichen Städte, www.mittelalternetzwerk.de/hand3.htm (letzter Seitenbesuch: 15. September 2004)

²⁴ Mit konkreten Beispielen: Nicole Müller, aaO.

Hofmarken²⁵ hervorgegangen und bereits seit langem bestehenden Warenzeichen symbolisierten ursprünglich nur die Eigentumszugehörigkeit. Es kam nunmehr die Aufgabe hinzu, auch den Ursprung der Waren anzugeben.²⁶ Dies schlug sich in zahlreichen Stadt- und Zunftzeichen nieder, welche Instrumente einer staatlichen Qualitätskontrolle waren und dem Gewerbeschutz dienten.²⁷ Sog. Schau- oder Meisterzeichen dagegen hatten in erster Linie eine Überwachungsfunktion. Der Meister sollte im Falle seiner Schlechtleistung ermittelbar sein.²⁸ Viele Handwerker und auch Kaufleute wurden durch die Zunft- und Beschauordnungen gezwungen, ein Markenzeichen auf ihren Produkten anzubringen. Ein solcher Markenzwang bestand bspw. für die Goldschmiede, Wolleweber und Kannengießer gemäß den Kölner Zunfturkunden von 1411 und 1477.²⁹ Das Zeichen musste dabei vorher von einem bestimmten Gremium geprüft werden, erst anschließend konnte die gekennzeichnete Ware in den Verkehr gebracht werden.³⁰

Auch bei den großen Bauten dieser Zeit waren Zeichen zu finden, die den Herstellern zugeordnet werden konnten. So wurden die beim Bau des Wormser Doms – erbaut um das Jahr 1000, Weihung 1018 – verwendeten Steine mit einem Zeichen versehen, das den Lieferanten dieser Steine angab und somit die Entlohnung nach der Anzahl der gelieferten Steine ermöglichte.

All diese Vorschriften dienten ganz überwiegend dem Schutz des Verkehrs, eine Anerkennung der gewerblichen Leistung des Einzelnen oder der Gemeinschaft wurde nicht als Aufgabe der Kennzeichnung angesehen. Lediglich zum Schutz des Publikums vor Täuschung wurden Markenverletzungen oftmals mit Strafe bedroht.

C. Marken im Umbruch zur Moderne

I. Allgemeines

Stärkere Ansätze für einen allgemeinen Schutz des geistigen Eigentums begannen sich zu entwickeln, als ab dem 15. Jahrhundert das Zeitalter der Erfindungen und Entdeckungen begann. Gewerbe- und Erfinderprivilegien wurden Einzelperso-

²⁵ Diese dienten zur Kennzeichnung von Personen, Familien und Verbänden, Baumbach, Warenzeichengesetz, 11. Auflage, Einl. RN 45.

²⁶ V. Gamm, Warenzeichengesetz, Einf. RN 1.

²⁷ Fezer, Markengesetz, Einl I. 1.

²⁸ Wadle, Fabrikzeichenschutz und Markenrecht, 1. Teil, § 1 (S. 21).

²⁹ Busse/Starck, Warenzeichengesetz, Einführung, B. 3. A.

³⁰ Hubmann/Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 2 II. 3.

nen, die den Wohlstand des Landes mehrten, als Belohnung und Ansporn gewährt.³¹ Diese sollten es den Unternehmern ermöglichen, neue Waren einzuführen und dadurch den Wohlstand des Landes zu verbessern. Beispielsweise verlieh Kaiser Karl V. im Jahre 1544 den Messer- und Klingenschmieden von Amberg und Neumarkt (Oberpfalz) durch ein Kollektivprivileg ein Zeichen, mit dem sie ihre Erzeugnisse versehen konnten.³² Ähnliche Regelungen bestimmten, dass jeder nur ein Zeichen haben sollte und keiner das Zeichen eines anderen nachahmen durfte. Ein Zeichenrecht war damals meist gleichzeitig eine Zeichenpflicht.³³ Die Verletzung dieser Privilegien wurde mit hohen Geld- und Freiheitsstrafen bedroht. Dem Nachahmer konnte sein Handwerk genommen werden und die Nachahmung wurde konfisziert oder zerstört.³⁴ In diesem Zusammenhang soll noch erwähnt werden, dass die Einrichtung einer Zeichenrolle erstmals durch eine Anordnung im Jahre 1765 dokumentiert wurde.³⁵

Das Aufkommen privater Leistung und die Anerkennung derselben wurden auch dadurch begünstigt, dass im 17. und 18. Jahrhundert die Zünfte ihre Vollmachten immer mehr an den Staat verloren. Die Zwänge der Zunftordnungen wurden allmählich aufgelöst, es gab zunächst keine Vorschriften mehr zum Schutz des Geschäftsverkehrs.³⁶ Schließlich trug die gegen Ende des 17. Jahrhunderts sich etablierende Philosophie der Aufklärung³⁷ endgültig dazu bei, die überkommenen mittelalterlichen Regeln zu beseitigen. Ganz allmählich begann die Industrialisierung, welche durch den Erfindergeist der Menschen vorangetrieben wurde. Damit einhergehend entwickelte sich das Bedürfnis, die Leistungen des Einzelnen zu schützen, da ansonsten keine Belohnung der erfinderischen Leistungen erfolgte.

II. Markenschutz in Frankreich und England

Mit der um etwa 1650 einsetzenden jüngeren Neuzeit begann die politische, wirtschaftliche und militärische Vorherrschaft Frankreichs in Europa. Diese Zeit brachte eine Fülle von gewerblichen Neuerungen und Gedanken mit sich. Folgerichtig war Frankreich eines der ersten Länder, welches die überkommenen Vorschriften des Zunftwesens abschaffte. Die Gewerbefreiheit wurde im Zuge der

³¹ Lampe/Wölkel, Der strafrechtliche Schutz der Geisteswerke, UFITA 76, 141 (142).

³² Hubmann/Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 2 III. 3.

³³ Jungblut, Die Zeichenstatuten der Sensenschmiede und Stabschleifergilde, GRUR 1924, 165 (166)

³⁴ Vgl. dazu bzgl. Patentverletzungen Müller, Patentwesen im deutschen Mittelalter, GRUR 1939, 936 (949).

³⁵ Vgl. Jungblut, Die Zeichenstatuten der Sensenschmiede und Stabschleifergilde, GRUR 1924, 165 (166).

³⁶ Busse/Starck, Warenzeichengesetz, Einf. B 3. A.

³⁷ Das wichtigste Merkmal der Aufklärung ist die hohe Bewertung der Vernunft, die das Wesen des Menschen ausmachen soll. Dies wird verbunden mit der Ablehnung des Irrationalismus, Vertreter: J. Locke (1632 - 1704), Jean-Jacques Rousseau (1712 - 1778) und Voltaire (1694 - 1778).

französischen Revolution 1789 eingeführt. Die Idee des gewerblichen Eigentums führte zur Entstehung der verschiedenen Schutzsysteme.³⁸ Erstmals sollten die durch das geistige Schaffen von Individuen geschaffenen Leistungen zu deren Gunsten geschützt werden. So regelte in Frankreich das „*Loi relatif aux manufactures, fabriques et ateliers*“ vom 12. April 1803, welches sich – wie schon im Namen erkennbar – zunächst allgemein auf Manufakturen und Fabriken bezog, den Markenschutz dergestalt, dass die Nachahmung fremder Marken untersagt wurde, zu Schadensersatz verpflichtete und darüber hinaus strafbar war, §§ 16 bis 17. Als Strafmaß wurde die für die Fälschung von Privaturkunden vorgesehene Strafe angedroht. Des Weiteren fanden sich auch im *code pénal* (Strafgesetzbuch) vom 22. Februar 1810 Strafvorschriften für den Fall der Markenverletzung. So bestrafte der unter dem Abschnitt „*Des faux*“ neben den Strafnormen gegen die Nachahmung von Staatspapieren, Prob- und Papierstempeln eingeordnete Art. 142 die Nachahmung von Zeichen,

die dazu bestimmt sind, um im Namen der Regierung auf verschiedene Arten von Lebensmitteln oder Waren gesetzt zu werden, oder die von diesem Zeichen Gebrauch machen, sowie diejenigen, welche das Siegel, den Stempel oder das Zeichen einer Behörde, einer Privat-, Bank- oder Handelsanstalt benutzen oder von den nachgeahmten Stempeln etc. Gebrauch machen,

mit Zuchthausstrafe. Daneben wurde auch die Verschaffung solcher Zeichen sowie deren Verwendung zum Nachteil des Staates, der Behörde oder der Privatanstalt bestraft, nämlich mit dem Pranger, § 143 cp.³⁹

Dagegen wurden in England die aus dem Mittelalter stammenden Privilegien vom Staat zunächst als nützliche Einkünfte betrachtet. Dies führte vielfach zu Missbrauch, da Alltagsgüter zu Gunsten Einzelner monopolisiert wurden und für die Bevölkerung teurer wurden.⁴⁰ Da dies vom Unterhaus als eine Beschränkung der gewerblichen Betätigung gesehen wurde, erklärte ein Gesetz von 1624 alle Monopole grundsätzlich für unzulässig. Die Gewerbefreiheit wurde durch diese Maßnahme entschieden gestärkt. Umgekehrt führte diese Auffassung von der Freiheit der gewerblichen Betätigung natürlich zur verlangsamten Entwicklung eines Markenrechts zum Vorteil eines einzelnen Händlers.⁴¹ Ein Schutz des Publikums, über die Herkunft von Waren nicht irreführend zu werden, wurde nur langsam als anerkennenswert akzeptiert. Gleichwohl führte dies zur Entwicklung

³⁸ Hubmann/Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 2 V. 1.

³⁹ Ein Abdruck der übersetzten Vorschriften des *code pénal* findet sich in Wadle, Fabrikzeichenschutz und Markenrecht, 1. Teil, § 4 I. (S. 49).

⁴⁰ Hubmann/Götting, aaO, § 2 IV.

⁴¹ Hubmann/Götting, aaO, § 2 IV.

der heute noch unter der Bezeichnung „*action for passing off*“ verwendeten Doktrin, die auch den Sonderfall der Nachahmung bekannter Warenbezeichnungen einschloss. Auf eine Täuschungsabsicht des Nachahmers oder auf eine mögliche bessere Qualität der mit dem nachgeahmten Zeichen versehenen Waren kam es dabei nicht an.⁴²

Ein kodifizierter strafrechtlicher Schutz speziell auf dem Gebiet des Markenrechts wurde daneben erstmals durch den *Merchandise Marks Act* vom 7. August 1862, sog. „*criminal law of false marking*“, gewährt. Wie bei den Betrugstatbeständen wurde der Schutz des Käufers als vorrangig angesehen. Davor wurde die Markenverletzung – mit Ausnahme des Betrugs des Käufers – nicht als „*criminal offense*“ angesehen.

III. Entwicklung des Zeichenrechts in den deutschen Einzelstaaten

1. Allgemeines

In den deutschen Einzelstaaten herrschte noch zu Beginn des 19. Jahrhunderts das Privilegienwesen.⁴³ Die Gedanken des geistigen Eigentums entfalteten folglich auch keine Wirkung. Die staatliche Zersplitterung trug zu der Hemmung der Entwicklung bei, denn in jedem der Einzelstaaten existierte eine Vielzahl von Verordnungen und Gesetzen. Auch die Industrialisierung fand später als in England statt. Von Gewerbefreiheit konnte zu diesem Zeitpunkt noch keine Rede sein, vielmehr gab es noch vielfältige Nachwirkungen der Zunftzwänge.

Jedoch vertrugen sich die langsam übergreifenden Ideen der französischen Revolution – nämlich individuelle Freiheit und Gleichheit – nicht mit der fest gefügten zünftischen Struktur. Hinzu kam, dass die erste Hälfte des 19. Jahrhunderts ganz allgemein eine Zeit des Umbruchs in fast allen Lebensbereichen darstellte. Sie markiert die vielleicht entscheidende Phase im Übergang von der agrarisch geprägten, in Jahrhunderten gewachsenen und kaum wesentlich veränderten ständischen Gesellschaft zur heutigen industriellen Gesellschaft. Dies spiegelte sich natürlich auch im Bereich des Markenrechts und den damit verbundenen Schutzvorschriften wider. So wurden die wesentlichen Grundlagen des modernen deutschen Markenschutzes im 19. Jahrhundert gelegt.⁴⁴ Voraussetzung für diese Entfaltung des modernen Markenwesens waren wohl vor allem vier Faktoren, nämlich

- die Einführung von „modernen“ Schutzrechten,

⁴² Wadle, Fabrikzeichenschutz und Markenrecht, 1. Teil, § 5 I. (S. 66).

⁴³ Mit Ausnahme der linksrheinischen Gebiete, wo das französische Recht eingeführt wurde.

⁴⁴ Grundlegend zu dieser Epoche: Wadle, Fabrikzeichenschutz, 1. Teil, § 1 (S. 20 ff.)

- die Entwicklung und Etablierung industrieller Fertigungs- und Verpackungstechniken,
- die Entstehung größerer Firmenkonglomerate / Konzerne⁴⁵ sowie
- der steigende Wohlstand und die damit verbundene Konsumorientierung der Bevölkerung.

Diese gesellschaftlichen Veränderungen spiegelten sich in der Kodifizierung der Zeichenrechte wider. 1838 wurden auf der 2. Generalkonferenz des Zollvereins⁴⁶ in Dresden eine Abrede getroffen, wonach alle Mitgliedsstaaten Strafbestimmungen gegen den Missbrauch fremder Warenzeichen einzuführen und dabei die Möglichkeit einer Gleichbehandlung aller „vereinsländischen“ Kaufleute und Fabrikanten zu schaffen hatten.⁴⁷ Neben dieser erklärten Notwendigkeit, überhaupt einen strafrechtlichen Schutz der Marken festzuschreiben, wurde jedoch zugleich die Einschränkung beschlossen, dass ein Schutz nur für solche Warenzeichen sinnvoll ist, die Name oder Firma und Fabrik- oder Wohnort enthielten. Der Bezug auf den Firmen- oder Ortszusatz wurde als unabdingbar angesehen, da ansonsten die Zuordnung der Zeichen zu einem Inhaber weder materiell noch formell bestimmbar sei.

Diese Entschließung des Zollvereins geht auf das Faktum zurück, dass die bis dato bestehenden Vorschriften des allgemeinen Strafrechts nicht ausreichten, um Markenverletzungen wirksam zu bekämpfen. Sie beruhten im Wesentlichen auf den Betrugs- und Fälschungstatbeständen, was Schwierigkeiten bei der Einordnung der Zeichenverletzungen mit sich brachte.⁴⁸ Gleichwohl wurde auch der vom Zollverein beschlossene Zeichenschutz noch als gewerbepolizeilicher Schutz verstanden, es sollte also vor allem das Publikum vor Irreführungen bewahrt werden. Die Position des Markeninhabers als schutzwürdig einzuordnen wurde entgegen den in Frankreich bereits etablierten Vorstellungen von der „*propriété industrielle*“ noch nicht realisiert.

In zeichenrechtlicher Hinsicht brachte die Einführung der Gewerbefreiheit im Norddeutschen Bund im Jahre 1869 einen weiteren wichtigen Schritt zur Libera-

⁴⁵ Diese erlangten aber erst Anfang des 20. Jahrhunderts größere Bedeutung, so z.B. Siemens, Ford, General Electric.

⁴⁶ Der Deutsche Zollverein war ein handelspolitischer Zusammenschluss deutscher Bundesstaaten (1834 bis 1871) zur Schaffung einer deutschen Wirtschaftseinheit. Er gab der Ausweitung von Produktion, Handel und Verkehr in Deutschland einen entscheidenden Impuls, förderte die Industrialisierung Deutschlands und steigerte nicht zuletzt die staatlichen Einnahmen. Durch ihn wurden zugleich die wirtschaftlichen Voraussetzungen für die Herstellung der politischen deutschen Einheit mit der Reichsgründung 1871, mit der seine Existenz endete, geschaffen.

⁴⁷ Wadle, Entwicklungslinien, GRUR 1979, 383 (384).

⁴⁸ Zur Entwicklung der Betrugsvorschriften: Naucke, Zur Lehre vom strafbaren Betrug, 1964, 62 ff.

lisierung des Markenwesens. Die Privatautonomie begann damit erstmals auch in Deutschland, das Markenwesen zu durchdringen.⁴⁹ Nunmehr konnten Unternehmer in gewissem Maße ihre Zeichen selbst frei bestimmen und ein Registerrecht erwerben. Einzelne beispielhafte Regelungen der Einzelstaaten sollen nachfolgend dargestellt werden.

2. *Baden und Württemberg*

Die älteste zivil- und strafrechtliche Anerkennung des geistigen Eigentums in einem deutschen Gesetz findet sich in Baden in einer Verordnung aus dem Jahre 1806 sowie vor allem im – dem französischen Code Civil nachgebildeten – Landrecht von 1809.⁵⁰ Der die „Handelsverbindlichkeiten“ regelnde 7. Titel S. 109a verbot einem Fabrikanten die Verwendung eines Warenzeichens oder des Namens einer anderen Fabrik, sofern nicht deutliche Unterscheidungsmerkmale hinzugesetzt wurden. Rechtsfolge im Falle der Zuwiderhandlung war die Einziehung der Waren zugunsten des berechtigten Namensinhabers. Später wurde im Strafgesetzbuch vom 6. März 1845 in § 444 die unberechtigte Benutzung von Warenstempeln oder Fabrikzeichen sowie der Warenabsatz unter diesen Zeichen mit Geldstrafe oder Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft. Als Strafmilderungsgrund wurde die freiwillige Ersatzleistung anerkannt, § 445.⁵¹

Auch in Württemberg bot die Gewerbeordnung von 1828 erstmals einen Strafschutz gegen die Verletzung des geistigen Eigentums. Danach wurde die „betrügerische Nachahmung“ der Unterscheidungszeichen von Fabrikanten oder Handwerkern als Fälschung bestraft, Art. 6 GewO. Wesentlich war dabei, dass Württemberg als erster deutscher Staat den Zeichenschutz nicht nur – wie z.B. in Preußen – für einzelne Industrien, sondern ganz allgemein von der Hinterlegung der Zeichen abhängig gemacht hatte.⁵²

Eine nennenswerte praktische Rolle sollte dieser Vorschrift allerdings nicht zukommen. Aber auch nach dem württembergischen Strafgesetzbuch von 1839 konnten Zeichenverletzungen nur allgemein als Betrug oder Fälschung, Art. 351, 352 bzw. Art. 356 und 357 sanktioniert werden. Ansonsten war eine Bestrafung nur möglich, sofern man das verletzte Zeichen als „Privaturkunde“ qualifizieren konnte, Art. 358.⁵³

Erst später, nämlich mit dem Gesetz zum Schutz von Warenbezeichnungen vom 12. Februar 1862, wurde die Bestimmung der Gewerbeordnung außer Kraft ge-

⁴⁹ Fezer, MarkenR, Einl. RN 2.

⁵⁰ Lampe, Der strafrechtliche Schutz der Geisteswerke, UFITA 76, 141 (151)

⁵¹ Wadle, Fabrikzeichenschutz und Markenrecht, 1. Teil, § 22 (S. 210).

⁵² Hoffmann, Zur Geschichte des Zeichenschutzes in Württemberg, GRUR 1913, 8.

⁵³ Wadle, Fabrikzeichenschutz und Markenrecht, 1. Teil, § 20 (S. 198).

setzt. Der Missbrauch von zur Unterscheidung dienenden und auf die Herkunft hinweisenden Zeichen – die insofern den Ort der Erzeugung oder den Wohnort des Erzeugers beinhalten mussten – wurde nunmehr mit Geldstrafe bis zu 500 Gulden oder je nach den Umständen mit Gefängnis bis zu zwei Monaten, im Wiederholungsfalle neben der Geldstrafe mit Gefängnis bis zu vier Monaten bestraft.

3. Preußen

Für die spätere Entwicklung von zeichenrechtlichen Kodifizierungen in Gesamtdeutschland war naturgemäß Preußen aufgrund seiner Größe und der wirtschaftlichen und politischen Bedeutung besonders relevant. Das preußische Allgemeine Landrecht von 1794 (ALR)⁵⁴ brachte die erste Entwicklungsstufe weg vom überwiegenden gewerbepolizeilichen/strafrechtlichen Schutz hin zum Zivilrechtsschutz. Markenrechtliche Regeln finden sich dabei in § 1445, T. II, Titel 20⁵⁵, wonach demjenigen die Strafe des qualifizierten Betrugs angedroht wurde, der

„mit Zeichen oder Proben, die nur für Waaren gewisser Art oder Güte bestimmt sind, Waaren von schlechterer Art oder Güte bezeichnete“.

Die so verfälschten Waren konnten beschlagnahmt und vernichtet werden, §§ 1446 und 1447 ALR. Neben diesem Schutz der Qualitätszeichen wurde die Strafnorm des § 1451 aufgenommen, wonach derjenige, der

„Waren von an sich untadelhafter Güte mit dem Namen oder Merkmalen inländischer Fabrikanten oder Kaufleute fälschlich bezeichnete“,

mit Geld- oder Gefängnisstrafe bestraft wurde.⁵⁶

Diese Vorschriften waren unter dem Abschnitt „*Betrug des publici*“ eingeordnet, so dass klar erkennbar wurde, dass ihre Hauptaufgabe immer noch der Schutz des öffentlichen Interesses an der Verhinderung einer Irreführung des Publikums war. Im Übrigen blieb auch die Tatbestandsalternative des Missbrauchs von auf der Ware angebrachten „*Merkmalen*“ auf Einzelfälle beschränkt. Es sollten hier solche Fälle einbezogen werden, bei denen die üblichen individualisierenden Merkmale, nämlich Name und Firma, fehlten und die Zugehörigkeit schwieriger festgestellt werden konnte.⁵⁷

⁵⁴ In diesem Gesetz wurde in ca. 19.000 Einzelparagraphen das preußische Staats-, Straf-, Stände-, Lehn- und Kirchenrecht zusammengefasst.

⁵⁵ V. Gamm, Warenzeichenrecht, Einf. 2.

⁵⁶ Wadle, Fabrikzeichenschutz und Markenrecht, 1. Teil, § 8 (S. 84).

⁵⁷ Laut Wadle, Entwicklungslinien, GRUR 1979, 383 (384), handelte es sich hierbei vor allem um Tabaketikette, ansonsten waren Merkmale durchweg allgemein gebräuchliche Ausschmückungen.

Bereits im Jahre 1840 wurden diese Regelungen in Umsetzung der oben unter 1. skizzierten Vorschläge des Zollvereins wieder aufgehoben. Das neue Gesetz vom 4. Juli 1840 gewährte wieder nur noch einen Schutz für Namen und Firmenbezeichnungen. Weitere „*Merkmale inländischer Fabrikanten und Kaufleute*“ sowie regionale Besonderheiten wurden ausdrücklich schutzlos gestellt. Alle bis dato bestehenden Schutzrechte, insbesondere solche für Bildzeichen, wurden damit aufgehoben. Man ging davon aus, dass der Schutz von Bildzeichen undurchführbar sei. Für eine sinnvolle Einbeziehung solcher Zeichen müsse eine behördliche Zuweisung erfolgen, die nur durch Prüfung, Registrierung und Publikation verwirklicht werden könne. Ein solches Verfahren wurde als zu aufwändig angesehen. Hinzu kam die Ablehnung von Privilegien für Inhaber solcher Zeichen, die nicht in die nunmehr liberalere Gewerbepolitik Preußens passte.⁵⁸ Eine entsprechende Regelung wurde 1851 in das preußische Strafgesetzbuch aufgenommen, § 269 PrStGB.

Dieser Ausschluss der sog. „Fabrikzeichen“, welche vor allem die Individualinteressen der Unternehmer schützten, konnte indes nicht konsequent in allen Provinzen verwirklicht werden. So regelte schon sieben Jahre später die Verordnung vom 18. August 1847⁵⁹ für die Provinzen Rheinland und Westfalen den Schutz der dort seit alters üblichen Fabrik- und Handelsmarken für Eisen und Stahlwaren bis zum Inkrafttreten des Reichsmarkengesetzes 1874.⁶⁰

4. Bayern

Einer der wenigen Staaten, die der Empfehlung der Konferenz des Zollvereins nicht folgten, war Bayern. Mit der Verordnung vom 9. März 1840 wurde nämlich für Kaufleute und Fabrikanten ein Schutz von Bildzeichen gewährleistet.⁶¹ Dazu war die Eintragung dieser Fabrik- und Gewerbezeichen bei der Polizeibehörde des Distrikts vorgesehen.⁶² Bei Zeichenverletzungen waren Geldstrafen vorgesehen.

In der Folge regelte das bayerische StGB von 1861 in Art. 336 den Schutz von Warenzeichen. Danach wurde bspw. die unbefugte Nachahmung oder der Gebrauch von Fabrik- oder Gewerbezeichen sowie das Feilbieten von fälschlich gekennzeichneten Waren mit Geldstrafe von bis zu 150 Gulden und im Wieder-

⁵⁸ Wadle, Entwicklungslinien, GRUR 1979, 383 (386).

⁵⁹ VO zum Schutz der Fabrikzeichen an Eisen und Stahlwaren in der Provinz Westphalen (!) und der Rheinprovinz vom 18. September 1847, PrGBl. 1847, 335 ff., geringfügig geändert mit der VO v. 24. April 1854.

⁶⁰ Baumbach, Warenzeichengesetz, Einl, VII. 1.

⁶¹ v. Gamm, Warenzeichengesetz, Einf., 2.

⁶² Busse/Starck, Warenzeichengesetz, Einf., RN 6.

holungsfall mit Gefängnis bis zu drei Monaten oder mit Geldstrafe von bis zu 1000 Gulden bestraft.⁶³ Mit Einführung dieser Regelung war der bayerische Gesetzgeber im Markenstrafrecht den anderen Staaten in Sachen Schutzzumfang voraus, hatte sich nämlich vom reinen gewerbepolizeilichen Schutz gelöst.

5. Sonstige Länder

Auch in den meisten anderen Einzelstaaten gab es Regelungen, welche die Benutzung fremder Namen, Firmen und Warenzeichen sanktionierten. Jedoch wurde auch in diesen Staaten der – ganz überwiegend strafrechtliche – Schutz regelmäßig auf die Verwendung von Warenzeichen mit Namen oder Firma eines Dritten beschränkt.⁶⁴ Man sah noch kein grundsätzliches Bedürfnis, ein subjektives Recht an Marken zu verleihen.

Gleichwohl wurden häufig zum Schutz besonderer Industriezweige Ausnahmeregelungen erlassen. So wurde bspw. in Sachsen schon im Jahre 1779 ein gesetzlicher Schutz der Manufaktur zu Meißen verfügt, die sich mit zahlreichen Nachahmungen von minderer Qualität konfrontiert sah. Dabei wurde einerseits eine Pflicht zur Kennzeichnung von Porzellan angeordnet und andererseits die sog. „Meißener Marke“ gegen Nachahmung geschützt. Derjenige, der Porzellan ohne Kennzeichnung verkaufte oder aber seine diesbezüglichen Waren mit einem den gekreuzten „Chur-Schwertern“ ähnlichen Zeichen versah, sah sich mit der Strafe der Konfiszierung der Ware bedroht.⁶⁵

D. Markenschutz im Deutschen Reich und im Nationalsozialismus

Die Markengesetzgebung des Deutschen Reichs⁶⁶ fußte auf der Vielzahl von Verordnungen und Gesetzen in den deutschen Ländern sowie auf den Vorarbeiten zu Kennzeichenschutzgesetzen in den anderen europäischen Staaten. Kurz vor der Reichsgründung erachtete im Jahre 1868 der 4. Deutschen Handelstag zu Berlin einen einheitlichen gesetzlichen Markenschutz innerhalb des Zollvereins als dringend notwendig. 1870 richtete der Ausschuss des Handelstages an den Bundesrat des Norddeutschen Bundes ein Gesuch um Erlass eines Markengesetzes.⁶⁷

⁶³ Wadle, Fabrikzeichenschutz und Markenrecht, 1. Teil, § 17 (S. 189).

⁶⁴ Wadle, Entwicklungslinien, GRUR 1979, 383 (384).

⁶⁵ Cod. Aug. 2. Fortsetzung II Sp. 27 ff, zitiert nach Schmelzeisen, zur Geschichte des Persönlichkeitsschutzes, Mitt. 1969, 216 (219).

⁶⁶ 1871 bis 1918. Das Deutsche Reich war ein Bund von 25 deutschen Staaten, welches durch Erweiterung des Norddeutschen Bundes durch die Länder Hessen, Bayern, Baden und Württemberg entstand, vgl. Präambel der Reichsverfassung vom 16. April 1871.

⁶⁷ Hubmann/Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 2 VII. 3.

Endlich begann sich auch in Gesamtdeutschland die Konzeption eines liberalen Markenrechts als Teil des Wettbewerbsrechts durchzusetzen. Grundlegend für diese Entwicklung war vor allem der sich nunmehr durchsetzende Gedanke, dass das Markenrecht primär dem Schutz individueller Interessen dienen soll. Eine vollständige Umsetzung dieser Idee wurde aber erst 1874 mit dem Markenschutzgesetz realisiert.

I. Reichsstrafgesetzbuch von 1870/71

Dieses Gesetz, welches in § 287 erstmals einen reichseinheitlichen Schutz der namentlichen Warenbezeichnung sowie einen Firmenschutz gewährte, war noch der Denkweise verhaftet, die im Markenrecht vor allem strafrechtlich-gewerbepolizeiliche Aufgaben sah.⁶⁸ Es geht in allen wichtigen Regelungen auf das preussische Strafgesetzbuch von 1851 zurück und übernimmt beim Markenschutz auch den bereits erwähnten § 269 PrStGB.⁶⁹ Erst 1894 wurde diese Bestimmung im Rahmen des Erlasses des Warenbezeichnungsgesetzes ersetzt.

Strafbar war nach § 287 Abs. 1 RGStGB, wer Waren oder deren Verpackung fälschlich mit dem Namen oder der Firma eines inländischen Fabrikunternehmers, Produzenten oder Kaufmanns bezeichnete oder wissentlich dergleichen fälschlich bezeichnete Waren in Verkehr brachte.⁷⁰ Die 1838 vom Zollverein empfohlene Regelung hinsichtlich des Namens- und Firmenzusatzes wurde also auch in diesem Reichsgesetz nochmals aufrechterhalten. Als Strafe vorgesehen war Geldstrafe von fünfzig bis eintausend Talern oder Gefängnis bis zu sechs Monaten. Die Strafe wurde nach Abs. 3 nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Name oder die Firma nur mit so geringen Abweichungen wiedergegeben wurden, dass diese Abwandlungen nur durch Anwendung besonderer Aufmerksamkeit wahrgenommen werden konnten.

Ergänzt wurde § 287 durch § 360 Ziff. 7, wonach der unbefugte Gebrauch von Wappen eines Bundesfürsten zur Bezeichnung auf Waren, Aushängeschildern oder Etiketten als Übertretung mit Geldstrafe oder Haft bestraft werden konnte.

II. Gesetz über den Markenschutz von 1874

Das *Gesetz über den Markenschutz* vom 30. November 1874⁷¹ wird als erste gesamtdeutsche rein kennzeichenrechtliche Regelung angesehen, man spricht von

⁶⁸ Wadle, Entwicklungslinien, GRUR 1979, 383.

⁶⁹ Busse/Starck, Warenzeichengesetz, Einf. 7.

⁷⁰ Der genaue Wortlaut der Norm ist in Anhang 1, A., wiedergegeben.

⁷¹ RGBl. 1874, S. 143 ff., im Folgenden MSchG, in Kraft ab dem 1. Mai 1875.

der gesetzlichen Geburtsstunde des deutschen Markenrechts.⁷² Das neue Gesetz beendete die lange Periode eines lediglich an den Interessen der Abnehmerschaft und Allgemeinheit ausgerichteten Markenschutzes und stellte somit neben den Tatbeständen des Reichsstrafgesetzes die zweite Säule des Markenschutzes im Deutschen Reich dar.⁷³

Dies lag insbesondere darin begründet, dass Warenzeichen nunmehr überall gleichberechtigt neben solchen Zeichen standen, die Namen oder Firmen enthielten. Die Zahl der von einem Unternehmen zu schützenden Marken war nicht mehr beschränkt, wodurch bewusst ein Übergang vom Firmenzeichen zur Warenkennzeichnung geschaffen wurde.⁷⁴

Gegen eine Markenverletzung wurde nunmehr auch zivilrechtlicher Schutz auf Unterlassung des widerrechtlichen Gebrauchs einer Marke gewährt.⁷⁵ Allerdings berücksichtigte man die öffentlichen Interessen nach wie vor durch eine Reihe von Einschränkungen bei der Schutzgewährung sehr stark. So konnten lediglich Bildzeichen bzw. Wort-/Bildzeichen – damals: figürliche Zeichen – den gesetzlichen Schutz erlangen. Reine Wortzeichen waren ebenso wie Zahlen, Buchstaben, öffentliche Wappen oder Ärgernis erregende Zeichen von der Eintragung ausgeschlossen.⁷⁶ Aufgrund der notwendigen Eintragung von Marken in das Handelsregister konnten nur Gewerbetreibende, deren Firma dort verzeichnet war, vom Kennzeichenschutz profitieren. Handwerker und alle weiteren nicht dort verzeichneten Hersteller von Waren wurden durch diese Formvorschriften vom Markenschutz ausgeschlossen. Geführt wurde das Handelsregister als Abteilung Zeichenregister bei den Amtsgerichten. Durch die dezentrale Registrierung wurde auf die oben erwähnten Bedenken derjenigen Stellen Rücksicht genommen, die einen hohen Verwaltungsaufwand durch ein zentrales Register befürchteten.

Sofern eingetragene Marken durch identische oder verwechslungsfähige Zeichen vorsätzlich verletzt wurden, gewährte das Gesetz strafrechtlichen Schutz nach § 14 Abs. 1 MSchG, der einen Strafantrag nach § 14 Abs. 2 MSchG voraussetzte.⁷⁷

Die widerrechtliche Kennzeichnung von Waren oder deren Verpackung sowie das in Verkehr bringen solcher Waren oder Verpackungen wurde mit Geldstrafe von 150 bis 3.000 Mark oder Gefängnis bis zu sechs Monaten geahndet. Des Weiteren enthielt § 17 MSchG einen Vernichtungsanspruch der Waren bzw. der Kennzeichnungen. Bei einer Verurteilung im Strafverfahren konnte das Urteil auf Kosten des Verurteilten öffentlich bekannt gemacht werden, § 17 Abs. 2 MSchG.

⁷² Droste, Auch mehr als 100 Jahre: Deutsches Warenzeichenrecht, GRUR 1977, 411.

⁷³ Wadle, Entwicklungslinien, GRUR 1979, 383 (388).

⁷⁴ Bußmann, Name, Firma, Marke, S. 5.

⁷⁵ Wadle, Entwicklungslinien, GRUR 1979, 383 (388).

⁷⁶ V. Gamm, Warenzeichengesetz, Einf. 3.

⁷⁷ Der genaue Wortlaut der Vorschriften des MSchG ist im Anhang 1, B. abgedruckt.

Dem Täter konnte schließlich auf Verlangen des Geschädigten eine Geldbuße bis 5.000 Mark – zu zahlen an den Verletzten – auferlegt werden. Dies schloss den zivilrechtlichen Entschädigungsanspruch nach §§ 14 Abs. 1 a.E., 15 MSchG aus. Das Strafgericht war – ebenso wie das Zivilgericht – berechtigt und verpflichtet, die Wirksamkeit der Eintragung des Zeichens zu überprüfen, wenn die Umstände des gegebenen Falls darauf hindeuteten, oder wenn der Angeklagte sich darauf berufen hatte, dass die Eintragung unwirksam war.⁷⁸ Diese gerichtliche Verpflichtung bzw. Befugnis zur Nachprüfung entfiel erst mit dem Warenbezeichnungsgesetz von 1894, mit dessen Inkrafttreten das Reichspatentamt für die Eintragung von Zeichen zuständig wurde. Die Überprüfung der Berechtigung zur Eintragung wurde nach dieser Vereinheitlichung des Eintragungsverfahrens nicht mehr als notwendig angesehen.

III. Reichsgesetz zum Schutz der Waarenbezeichnungen von 1894

Aufgrund der dargestellten Einschränkungen vor allem hinsichtlich der geschützten Zeichenformen und des Kreises der Zeicheninhaber begannen schon bald Diskussionen über eine Reform des MSchG. Diese Überlegungen mündeten in den Erlass des Reichsgesetzes zum Schutze der Waarenbezeichnungen (!) vom 12. Mai 1894⁷⁹ (WbzG), welches auch den noch bis dahin parallel geltenden § 287 des Reichsstrafgesetzes aufhob. Kernpunkt des neuen Gesetzes war zunächst die Errichtung einer zentralen Zeichenbehörde für das ganze Reichsgebiet. Die vorher geäußerten Bedenken hinsichtlich des enormen Verwaltungsaufwands konnten nun ausgeräumt werden, da das 1877 gegründete Reichspatentamt in Berlin die Aufgaben der Registrierung und Verwaltung mitübernehmen konnte. Weitere Eckpunkte der Reform waren die Zulassung von reinen Wortzeichen, die Ausdehnung des Zeichenrechts auf alle Gewerbetreibenden sowie die Einführung eines Vorprüfungssystems.

Hinsichtlich der dem Verletzten zustehenden Ansprüche kam der zivilrechtliche Entschädigungsanspruch nun auch bei grober Fahrlässigkeit des Verletzers zur Anwendung, § 14 Abs. 1. Strafrechtlichen Schutz gewährte § 14 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 WbzG bei wissentlicher Zeichenverletzung.⁸⁰ Eine Strafbarkeit kam auch bei bedingtem Vorsatz in Frage, die im Tatbestand verwendete Formulierung der „Wissentlichkeit“ sollte sich mit dem üblichen Ausdruck Vorsatz decken.⁸¹ Das Strafmaß betrug Geldstrafe von 150 bis 5.000 Mark oder Gefängnis bis zu 6 Mo-

⁷⁸ Kent, Das Reichsgesetz zum Schutz der Waarenbezeichnungen (!), Berlin 1897, jedoch noch zum alten MSchG von 1874.

⁷⁹ RGBl. 1894, 441 ff., auch BI f. PMZ 1894, 5; Begründung in RGBl. 1894, 25.

⁸⁰ Vgl. dazu Anhang 1, C.

⁸¹ Pinzger/Heinemann, Kommentar zum Warenzeichenrecht, § 14 Anm. 7 (S. 259).

naten. Die zugunsten des Verletzten anzuordnende Geldbuße wurde ebenfalls erhöht auf 10.000 Reichsmark, § 18 WbzG. Die Anwendung der Vorschriften des WbzG wurde im Übrigen durch Abweichungen in den rechtsverletzenden Kennzeichen nicht ausgeschlossen, sofern ungeachtet der Unterschiede die Gefahr der Verwechslung bestand, § 20 WbzG.

Ergänzt wurde der Straftatbestand durch § 15 WbzG. Danach wurde der Täter mit Geldstrafe von 100 bis 3.000 Mark oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft, wenn er zum *Zweck der Täuschung* Waren, deren Verpackung oder Geschäftspapiere mit einer Ausstattung, die innerhalb der Verkehrskreise als Kennzeichen gleichartiger Waren eines anderen galten, widerrechtlich versah oder derartig gekennzeichnete Waren zum gleichen Zweck in Verkehr brachte.

Schließlich sanktionierte § 16 WbzG die widerrechtliche Benutzung von Hoheitszeichen und geographischer Herkunftsangaben wie Ortsnamen zum Zweck der Irrtumserregung über die Beschaffenheit oder den Wert der Waren. In diesen Fällen betrug die Strafe entweder Geldstrafe von 150 bis 5.000 Mark oder Gefängnis bis zu sechs Monaten.

Das nach wie vor bestehende Erfordernis des Strafantrags in §§ 14 und 15 WbzG fiel 1925 durch das Gesetz über den Beitritt des Reichs zu dem Madrider Abkommen betreffend die Unterdrückung falscher Herkunftsangaben auf Waren weg.⁸² Der Grund für den Wegfall wurde darin gesehen, dass nunmehr nach § 374 Abs.1 Nr. 8 StGB für alle Verletzungen des „gewerblichen Urheberrechts“ der bisher schon zulässige Weg der Privatklage als Regel bestimmt wurde und demnach eine öffentliche Klage nur bei öffentlichem Interesse an der Strafverfolgung zugelassen sei. Da unter das „gewerbliche Urheberrecht“ jedoch auch das „Warenbezeichnungsrecht“ fallen sollte, wurde ein Strafantrag, an dessen Stelle die Privatklagebefugnis trat, überflüssig.⁸³

IV. Warenzeichengesetz von 1936

Eine erhebliche Neugestaltung der zeichenrechtlichen Kodifikation erfolgte erst wieder 1936. In der Zwischenzeit beschränkten sich die Änderungen des Reichsgesetzes von 1894 auf Verfahrensvorschriften oder die Einarbeitung der PVÜ-Revisionen.⁸⁴ Erst mit dem Warenzeichengesetz 1936 (WZG)⁸⁵ wurden die Tatbestände und Rechtsfolgen festgelegt, die bis zum Produktpirateriegesetz 1990 gelten sollten. Mit dieser Neufassung des Kennzeichenrechts wurden die Regelungen, welche durch den Erlass von Kriegs- und Nachkriegsvorschriften unüber-

⁸² § 3 des Gesetzes vom 21. März 1924, RGBl. II, S. 115.

⁸³ Pinzger, Das deutsche Warenzeichenrecht, § 24 RN 38.

⁸⁴ Vgl. zu der Entwicklung 1894-1938: Busse/Starck, Warenzeichengesetz, Einf. RN 8 und 9.

⁸⁵ RGBl 1936 II., S.134, auch Bl. f. PMZ 1936, 90 ff., Begründung in Bl. f. PMZ 1936, 120 ff.

sichtlich geworden waren, zusammengefasst und übersichtlicher gestaltet. So wurde bspw. das 1913 eingeführte Verbandszeichen mitaufgenommen.⁸⁶ Weitere Neuerungen waren der Ausschluss der Registrierung von amtlichen Prüf- und Gewährzeichen, die Einführung einer Strafbestimmung bei der Verletzung derselben durch § 27 WZG sowie die Ermächtigung in § 32 WZG, für die Bezirke mehrerer Landgerichte ein Landgericht als Gericht für Warenzeichenstreitsachen zu bestimmen.⁸⁷ Darüber hinaus wurde auch der aus dem Wettbewerbsrecht stammende Gedanke der Verkehrsgeltung aufgegriffen, § 4 Abs. 3 WZG. Schließlich wurde auch die Ausstattung endgültig als gleichgestelltes Recht anerkannt, § 25 WZG.

Der zu diesen Regelungen korrespondierende strafrechtliche Schutz der Warenzeichenverletzung ergab sich aus den §§ 24 Abs. 3 WZG, 25 Abs. 3, 26 und 27 WZG.⁸⁸ Im Einzelnen stellte § 24 Abs. 3 WZG die vorsätzliche Verletzung eines Warenzeichens unter Strafe. Geschützt wurde das widerrechtliche Versehen, Inverkehrbringen oder Feilhalten von Waren oder deren Verpackung mit dem Namen oder der Firma eines anderen oder mit einem geschützten Warenzeichen. Der von § 24 Abs. 3 in Bezug genommene objektive Unterlassungstatbestand des § 24 Abs. 1 WZG wurde bereits vom RG zur Strafnorm gerechnet.⁸⁹ Die strafbare Handlung war daher im objektiven Tatbestand die gleiche wie im Zivilrecht. Keine Voraussetzung war die Entstehung eines Schadens.⁹⁰

In subjektiver Hinsicht musste der Täter vorsätzlich handeln,⁹¹ wobei dolus eventualis ausreichte.⁹² Die Tat war vollendet mit dem Versehen⁹³ der Waren mit dem Warenzeichen oder mit dem Inverkehrbringen der Waren. Angedrohte Sanktion war Geldstrafe oder Gefängnis bis zu 6 Monaten. Anders als zuvor wurde die Höhe der Geldstrafe nicht mehr im WZG, sondern im StGB geregelt. Danach betrug die Strafe mindestens 3 (!) Reichsmark und höchstens 10.000 Reichsmark, § 27 StGB. Sofern Gewinnsucht festgestellt werden konnte, belief sich das Höchstmaß sogar auf 100.000 Reichsmark.⁹⁴ Im Urteil musste ferner eine Ersatzfreiheitsstrafe festgesetzt werden, § 29 StGB.

⁸⁶ Gesetz vom 13. März 1913, RGBl S. 236.

⁸⁷ Busse/Starck, Warenzeichengesetz, Einf., RN 10.

⁸⁸ Vgl. dazu Anhang 1, D.

⁸⁹ Pinzger, Das deutsche Warenzeichenrecht, § 24 RN 32.

⁹⁰ RG vom 11. Februar 1898, RGSt 31, 30.

⁹¹ Dieser Begriff ersetzte den früheren Ausdruck „wissentlich“, so dass insoweit keine Missverständnisse mehr entstehen konnten.

⁹² RGSt vom 26. Januar 1910, MuW (Markenschutz und Wettbewerb) IX, 388 (389); vom 13. Oktober 1913, MuW XIII, 203.

⁹³ Das „Versehen“ ist die Kennzeichnung der Ware mit dem Zeichen, vgl. § 15 WZG.

⁹⁴ Pinzger, Das deutsche Warenzeichenrecht, § 24 RN 36.

Analog zum früheren § 20 WbzG lag eine Zeichenverletzung und daher eine mögliche Strafbarkeit auch vor beim Bestehen von Abweichungen bei der Verwendung des Zeichens für die eingetragenen oder solche diesen gleichartigen Waren, sofern nämlich die Gefahr der Verwechslung bestand, § 31 WZG.

Der strafrechtliche Schutz der Ausstattung wurde entsprechend über § 25 Abs. 3 WZG geregelt, der Strafraum betrug hier Geldstrafe oder Gefängnis bis zu 3 Monaten. Ein wesentlicher Unterschied zur vorherigen Regelung des § 15 WbzG war das Wegfallen der Täuschungsabsicht als Tatbestandsmerkmal. Dies wurde ausweislich der Gesetzesbegründung damit gerechtfertigt, dass im Falle vorsätzlicher Verletzungen einer Ausstattung dem Täter bekannt war, dass die Ausstattung geeignet ist, einen Irrtum hervorzurufen, und dass er in aller Regel auch den Zweck der Irrtumserregung verfolgt. Die bewusste Irreführung des Verkehrs durch Benutzung fremder Ausstattungen sollte genügen, eine Bestrafung zu rechtfertigen.⁹⁵

Der Schutz gegen falsche Warenkennzeichnungen wurde in § 26 WZG festgeschrieben. Diese Vorschrift sollte den Verkehr ganz allgemein gegen falsche Angaben auf Waren oder deren Verpackung schützen, und zwar unabhängig davon, ob sich die Angaben auf den Ursprung, die Beschaffenheit oder den Wert der Waren bezogen. Der Tatbestand umfasste drei Varianten, nämlich das Versehen mit einer falschen, irreführenden Angabe über den Ursprung, die Beschaffenheit oder den Wert; das Inverkehrbringen der so gekennzeichneten Waren; sowie das Anbringen der Angaben auf Geschäftspapieren etc. Die Angaben mussten geeignet sein, einen Irrtum zu erregen. Hinsichtlich der ersten Variante genügte Fahrlässigkeit, ansonsten musste der Täter vorsätzlich handeln. Auch ein Begehen durch Unterlassen war möglich.⁹⁶ Die Vorschrift sollte vor falschen Warenangaben auch innerhalb Deutschlands schützen, nicht nur an der Zollgrenze, wo die sogleich erwähnte Vorschrift des § 28 WZG zum Tragen kam. Im Unterschied zu den §§ 24 und 25 WZG war kein kennzeichenmäßiger Gebrauch erforderlich. Rechtsfolge war Geldstrafe und/oder Haft bis zu sechs Wochen⁹⁷, sofern nicht nach anderen Vorschriften eine schwerere Strafe angedroht war.

Den Missbrauch der staatlichen Hoheitszeichen sowie erstmals auch der amtlichen Prüf- und Gewährzeichen, § 4 Abs. 2 Nr. 2 und 3 WZG, sanktionierte § 27 WZG. Im Falle der vorsätzlichen oder fahrlässigen unbefugten Benutzung solcher Zeichen zur Kennzeichnung von Waren konnte eine Geldstrafe bis zu 150 Reichsmark oder Haft verhängt werden, sofern auch hier keine schwerere Strafe nach anderen Bestimmungen in Frage kam.

⁹⁵ Busse, WZG, 2. Auflage, § 25 Anm. 13.

⁹⁶ RG vom 18. April 1904, RGSt 37, 131.

⁹⁷ Haft war eine leichte Strafe ohne Arbeitszwang für Übertretungen. Dagegen war die Gefängnisstrafe eine mittelschwere Strafe mit Arbeitszwang für Vergehen; §§ 15 -18 RGStGB 1871.

Ergänzend zu den Strafvorschriften konnten ausländische Waren, die widerrechtlich mit einer deutschen Firma, Ortsbezeichnung oder Warenbezeichnung versehen waren, nach § 28 WZG bei der Einfuhr auf Antrag des Verletzten von den Zoll- oder Steuerbehörden beschlagnahmt und durch Strafbescheid eingezogen werden.⁹⁸ Schließlich war dem Gericht nach § 30 Abs. 1 WZG die Befugnis verliehen, die Beseitigung bzw. Vernichtung der mit der widerrechtlichen Kennzeichnung versehenen Waren anzuordnen. Darüber hinaus konnte nach § 30 Abs. 2 WZG die Befugnis des Verletzten ausgesprochen werden, die Verurteilung öffentlich bekannt zu machen.

E. Markenrecht in der Bundesrepublik Deutschland und der DDR seit 1945

I. Nachkriegszeit und Wiederaufbau

Kurz vor Kriegsende, nämlich im April 1945, wurde das Reichspatentamt geschlossen, so dass keine Neueintragungen von Marken erfolgen konnten. Der Erwerb eines Zeichens wurde nur noch durch Erlangung von Verkehrsgeltung möglich. Im Vereinigten Wirtschaftsgebiet⁹⁹ wurden erst wieder am 1. Oktober 1948 in Darmstadt und Berlin Annahmestellen eingerichtet, bei denen neue Zeichen angemeldet werden konnten. Diese Anmeldungen begründeten zwar kein Schutzrecht für die Anmelder, es wurde aber der Zeitrang der Anmeldung gesichert.¹⁰⁰ Die Eröffnung eines Patentamtes für das Vereinigte Wirtschaftsgebiet erfolgte dann am 1. Oktober 1949 in München.¹⁰¹ Dies ging einher mit der Auflösung der Annahmestellen, deren Aufgaben auf das neu geschaffene Amt – das Deutsche Patentamt – übergingen. Der fast viereinhalb Jahre andauernde Rechtsstillstand wurde damit beendet.

⁹⁸ Busse, Warenzeichengesetz, 2. Auflage, § 28 Anm. 9.

⁹⁹ Der Zusammenschluss der amerikanischen und britischen Besatzungszone zum „Vereinigten Wirtschaftsgebiet“, der sog. „Bizone“ erfolgte am 1. Januar 1947. Durch den Beitritt der französischen Besatzungszone entstand am 8. April 1949 die „Trizone“, Rechtsnachfolger dieses Gebildes ist der Bund, Art. 133 GG.

¹⁰⁰ Gesetz über die Errichtung von Annahmestellen für Patent-, Gebrauchsmuster und Warenzeichenanmeldungen vom 5. Juli 1948, WiGBI. 1948, 65 (Gesetzblatt der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes).

¹⁰¹ Gesetz über die Errichtung eines Patentamtes im Vereinigten Wirtschaftsgebiet, v. 12. August 1949, WiGBI. 1949, 251.

Die anstehende Neuordnung auf dem Gebiet des Zeichenrechts wurde durch insgesamt 6 Überleitungsgesetze in den Jahren 1949 – 1961 vollzogen¹⁰², die auf die Strafvorschriften keinen größeren Einfluss hatten. So wurden dem strafrechtlichen Schutz der staatlichen Symbole nach § 27 WZG noch die Bezeichnungen der internationalen zwischenstaatlichen Organisationen zugeordnet, § 4 Abs. 2 Nr. 3a WZG.¹⁰³

Erst 1975 wurden die Strafdrohungen in den §§ 24 – 27 WZG in Umsetzung des Art. 137 EGVStGB mit Wirkung vom 1. Januar 1975 der Neuordnung der Rechtsfolgen im Strafrecht angepasst.¹⁰⁴ Als Strafmaß war seitdem Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen oder Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten möglich, § 24 Abs. 3 WZG. Dabei wurde die Geldstrafe nunmehr in Tagessätzen verhängt, § 40 StGB. Diese Änderung galt auch für den strafrechtlichen Schutz der Ausstattung, § 25 Abs. 3 WZG, wobei hier gleichzeitig die Freiheitsstrafe von bis zu drei auf bis zu sechs Monate angehoben und so eine Vereinheitlichung im Vergleich zu § 24 Abs. 3 WZG hergestellt wurde. Auch das Strafmaß bei der Benutzung von falschen Warenkennzeichnungen nach § 26 WZG wurde von Geldstrafe oder Haft bis zu sechs Wochen auf Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen erhöht. Schließlich wurde § 27 WZG neuformuliert, wobei dieser nicht mehr als Straftatbestand, sondern als Ordnungswidrigkeit mit der Rechtsfolge der Geldbuße ausgestaltet wurde.

II. Produktpirateriegesetz 1990

1. Allgemeines

Aufgrund der im 6. Kapitel aufzuzeigenden erheblichen Zunahme der vorsätzlichen Markenverletzungen und der damit verbundenen Diskussion über zutreffende Maßnahmen beschloss der Gesetzgeber im Jahre 1985 ein Aktionsprogramm zum verbesserten Schutz der gewerblichen Schutzrechte. Im Rahmen dieser Bemühungen wurde in den Jahren 1985 bis 1987 das Urheber-¹⁰⁵, Ge-

¹⁰² Eine ausführliche Auflistung aller Kriegs- und Nachkriegsregelungen findet sich bei Busse/Starck, Warenzeichengesetz, 3. Auflage, Einf. 11 – 13, Gesetzestexte auch bei Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Anlage 1 – 31.

¹⁰³ Vgl. Art 6ter PVÜ.

¹⁰⁴ Einführungsgesetz zum StGB vom 2. März 1974, Bf. PMZ. 1974, 182 (184/185), vgl. Anhang 1, E.

¹⁰⁵ Gesetz zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet des Urheberrechts vom 24. Juni 1985, BGBl. I., 1137 ff.

schmacksmuster-¹⁰⁶ und Gebrauchsmusterrecht¹⁰⁷ novelliert sowie das Halbleiterschutzgesetz¹⁰⁸ erlassen.

Als Schlussstein dieser Bemühungen sollte der Schutz des geistigen Eigentums in seiner Gesamtheit in einem eigenen Gesetz hervorgehoben und die zahlreichen Schutzgesetze vereinheitlicht werden.¹⁰⁹ Mit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Stärkung des Schutzes des geistigen Eigentums und zur Bekämpfung der Produktpiraterie¹¹⁰ am 1. Juli 1990 wurden daher die strafrechtlichen Vorschriften der verschiedenen Regelwerke, vor allem aber auch des Warenzeichengesetzes, grundlegend umgestaltet. Ziel der Neuregelung war es, die gesetzlichen Regelungen zur Verfolgung und Ahndung von Schutzrechtsverletzungen im Bereich des geistigen Eigentums durch gleich lautende Änderungen der einzelnen Gesetze anwendungsfreundlicher zu gestalten. Das rechtliche Instrumentarium sollte insgesamt verbessert werden und eine schnelle und wirkungsvolle Bekämpfung der gezielten und massenhaften Schutzrechtsverletzungen geschaffen werden.¹¹¹ Dabei wurde nicht nur auf die sog. Produkt- und Markenpiraterie abgezielt, sondern es sollte eine Stärkung der Schutzrechte insgesamt vorgenommen werden. Insofern verzichtete man auch darauf, den Begriff der „Produktpiraterie“ gesetzlich zu definieren.

Folgende Hauptthemen wurden von diesem Artikelgesetz geregelt:

- Verschärfung der strafrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten
- Erweiterung der Vernichtungs- und Einziehungsmöglichkeiten, § 25a WZG
- Schaffung eines besonderen Auskunftsanspruchs, § 25b WZG
- Maßnahmen der Zollbehörden, § 28 WZG.¹¹²

In verfahrensrechtlicher Hinsicht bedeutsam war die Einführung der Zuständigkeit der Wirtschaftsstrafkammern der Landgerichte für die strafbaren Schutzrechtsverletzungen. So wurde § 74c Abs. 1 GVG durch das PrPG – Artikel 10 – neu gefasst. Damit wurde bezweckt, dass in schwerwiegenden Fällen von Warenzeichenverletzungen die großen Strafkammern der Landgerichte bereits erstinstanzlich oder aber zumindest als Berufungsinstanz zuständig wurden. Man erhoffte sich davon eine einheitlichere Rechtsanwendung, indem die Verfahren dort

¹⁰⁶ Änderungsgesetz vom 18. Dezember 1986, BGBl. I., 2501 ff.

¹⁰⁷ Vom 15. Juli 1986, BGBl. I., 1446 ff.

¹⁰⁸ Vom 22. Oktober 1987, BGBl. I., 2294 ff.

¹⁰⁹ Ernstthaler, Produktpirateriegesetz, GRUR 1992, 273.

¹¹⁰ Vom 7. März 1990, BGBl. 1990, 422, im Folgenden kurz als „Produktpirateriegesetz (PrPG)“ bezeichnet.

¹¹¹ Begründung des Gesetzesentwurfs, BT-Ds. 11/4792 vom 15. Juni 1989, A. Zielsetzung.

¹¹² Vgl. Kretschmer, Aktuelle Berichte: Gesetz gegen Produktpiraterie: Regierungsentwurf GRUR 1989, 581 (582).

konzentriert wurden, wo man eine größere Erfahrung mit der Materie vermutete.¹¹³

2. *Änderung der Straftatbestände des WZG*

Zur konkreten Umsetzung der dargestellten Ziele wurde im Warenzeichengesetz eine eigenständige Strafvorschrift, nämlich § 25d WZG¹¹⁴ geschaffen. Die Tatbestände der früheren §§ 24 Abs. 3, 25 Abs. 3 WZG wurden dabei inhaltlich unverändert in § 25 Abs. 1 Nr. 1 und 2 WZG übernommen. Lediglich der Strafraum erhöhte sich auf Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe. Diese Erhöhung des Strafmaßes sollte eine schuldangemessenere Bestrafung ermöglichen. Die bisherige Strafdrohung von maximal sechs Monaten Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen stand vielfach im Widerspruch zu den hohen Schäden, die den Schutzrechtsinhabern zugefügt wurden. Den neuen – vielfach organisierten – Täterkreisen, die professionell die verbesserten technischen Möglichkeiten der Reproduktion ausnutzen und damit hohe Gewinne erwirtschaften, sollte mit hinreichenden strafrechtlichen Mitteln entgegengetreten werden.¹¹⁵ Auf die Einführung einer Mindeststrafe wurde hingegen verzichtet, da trotz der Ausweitung des Strafmaßes eine mildere Bestrafung weniger schwerwiegender Fälle weiterhin möglich sein sollte. Dieser Strafraum wurde vom Markengesetz 1994 übernommen und gilt bis zum heutigen Tag.

Des Weiteren wurde die von der Literatur teilweise für notwendig gehaltene Abgrenzung von „normalen“ Markenverletzungen von den Fällen der Piraterie trotz nachdrücklicher Forderungen seitens der Industrie nicht durch die Schaffung eines speziellen Produktpiraterietatbestands verwirklicht.¹¹⁶ Vielmehr sollten die gezielten und planmäßigen Rechtsverletzungen durch Einführung eines Qualifikationstatbestandes, § 25d Abs. 2 WZG, eingedämmt werden. Der zur Abgrenzung eingeführte Begriff des „gewerbsmäßigen Handelns“ sollte dabei helfen, einmalige oder gelegentlich begangene Straftaten von den Handlungen solcher Täter zu unterscheiden, die praktisch das Begehen von Straftaten zum Zweck ihrer wirtschaftlichen Betätigung machen.¹¹⁷ Jedoch wurde bereits in der Diskussion um die neue Vorschrift der Begriff „gewerbsmäßig“ in einem Gesetz, in wel-

¹¹³ In der Praxis werden Anklagen wegen Kennzeichenverletzungen jedoch nahezu ausschließlich beim Amtsgericht (Strafrichter) erhoben, s. 6. Kapitel, D. 2. und III. 4.e.) (Frage 5 – Klageerhebung).

¹¹⁴ Abgedruckt in Anhang 1, F.

¹¹⁵ Begründung des Gesetzesentwurfs, auch Bl. f. PMZ 1990, A. III. (S. 174), und B. I. a) (S. 178).

¹¹⁶ Zu den Forderungen nach Schaffung eines Produktpiraterietatbestands vgl. 7. Kapitel B.

¹¹⁷ Begr. des Gesetzesentwurfs, aaO, I. 1. b. (S.179).

chem das „gewerbliche“ Handeln eine zentrale Rolle spielt, zum Teil als unglücklich empfunden.¹¹⁸

Die Abstufung der Strafbarkeit folgt der im Strafrecht üblichen Differenzierung zwischen Grund- und qualifiziertem Delikt. Der Strafrahmen der Qualifikation von Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe knüpft an die Strafdrohung der Strafvorschriften im Urheberrecht an, vgl. § 108a UrhG.¹¹⁹ Die qualifizierte Warenzeichenverletzung wurde von Amts wegen verfolgt, § 25d Abs. 4 WZG, während man die einfache vorsätzliche Warenzeichenverletzung nun auch im Warenzeichengesetz wieder als Antragsdelikt ausgestaltete.¹²⁰ Möglich war jedoch eine Bejahung des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung durch die Strafverfolgungsbehörden. Damit wollte man eine Strafverfolgung auch in den Fällen sicherstellen, in denen der Schutzrechtsinhaber innerhalb einer gewissen Zeit nicht erreichbar war oder er aufgrund anderer Überlegungen keinen Strafantrag stellen wollte.

Schließlich wurde erstmals – auch hier wieder analog zum Urheberrecht – im Warenzeichenrecht eine Vorverlegung der Strafbarkeit durch Einführung des Versuchs der Tat vorgenommen. Damit sollten die Fälle erfasst werden, in denen Einzelteile eines Produkts – die als solche nicht durch das Warenzeichengesetz geschützt wurden – von den Tätern bis zuletzt getrennt gehalten wurden und erst kurz vor dem Verkauf oder Vertrieb zu einer dann schutzrechtsverletzenden Ware zusammengefügt wurden. Fälscherbanden, deren Werkstatt aufgedeckt wurde, konnten nach altem Recht nicht strafrechtlich belangt werden. Insofern wurde gemäß § 25d Abs. 3 WZG - wie auch in den korrespondierenden Vorschriften der restlichen gewerblichen Schutzgesetze¹²¹ auch der Versuch der einfachen vorsätzlichen Warenzeichenverletzung unter Strafe gestellt. Für die Strafbarkeit des Versuchs auch beim einfachen Delikt sprachen vor allem praktische Überlegungen, da sich bei Beginn der Ermittlungstätigkeit das Ausmaß der Verletzungen und das Vorliegen einer eventuellen Qualifikation noch nicht absehen ließ.¹²²

¹¹⁸ Tilmann, Das neue Produktpirateriegesetz, Vortrag des Arbeitskreises Mannheim der GRUR e.V., Bericht in GRUR 1990, 996 (997). Da der Begriff auch in der aktuellen Vorschrift des § 143 Abs. 2 MarkenG enthalten ist, wird die genaue Definition und Auslegung im 3. Kapitel, B. 2. erörtert.

¹¹⁹ Begr. des Gesetzesentwurfs, aaO, I. 1. b. (S. 179); § 108a UrhG wurde seinerseits erst mit der Novelle des Urhebergesetzes vom 24. Juni 1985 eingeführt, Vgl. FN 93, S. 1137 ff.

¹²⁰ Zur Strafverfolgung von Amts wegen: Baumbach, Warenzeichengesetz, § 24 RN 67.

¹²¹ §§ 106 Abs. 2, 108 Abs. 2, 108a Abs. 2 UrheberG; 14 Abs. 3 GeschmMG, 10 Abs. 3 HalblSchG; 142 Abs. 3 PatG; 25 Abs. 3 GebrMG.

¹²² Begr. des Gesetzesentwurfs, aaO, B. I. 2. b); zur tatsächlichen – äußerst geringen – rechtlichen und praktischen Relevanz der Versuchsstrafbarkeit vgl. 3. Kapitel 1. Teil B. III. und 6. Kapitel C. IV. 1. d), 2. d) und D. III. 4. g) - Frage 7 – Der Versuch der Tat.

Als Begleitmaßnahme zur Verschärfung der Straftatbestände wurden die Einziehungsmöglichkeiten des §§ 74 ff. StGB durch § 25d Abs. 5 S. 1 WZG erweitert. Damit wurde die Einziehung solcher Gegenstände möglich, die nicht nur Werkzeuge für die Tat waren, sondern Gegenstand der Tat selbst und z.B. beim Händler und nicht nur beim Hersteller aufgefunden wurden. Auch die Dritteinziehung konnte nun durchgeführt werden, in dem § 74 a StGB für anwendbar erklärt wurde, § 25d Abs. 5 S. 2 WZG.¹²³

Als weitere Nebenstrafe wurde die bereits nach § 30 Abs. 2 WZG 1936 bestehende Möglichkeit einer öffentlichen Bekanntmachung eines Strafurteils in § 25d Abs. 6 WZG aufgenommen. Voraussetzung der Veröffentlichung war ein „berechtigtes Interesse“ des Verletzten, welches gegen die Interessen des Verurteilten abgewogen werden musste.

Abschließend wurde der Straftatbestand der falschen Warenkennzeichnung gemäß § 26 WZG dahingehend geändert, dass die Möglichkeit der fahrlässigen Begehung der ersten Alternative aufgrund ihrer Bedeutungslosigkeit entfiel. Die gesamte Norm hatte niemals eine eigenständige Bedeutung erlangt, da zumeist auch – im Wege der Idealkonkurrenz – die Tatbestände des § 263 StGB sowie des § 4 UWG mitverwirklicht wurden.¹²⁴ Ungeachtet dessen wurde der Strafraum des § 26 WZG auf Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe angehoben. Die im Vergleich zu § 25d WZG geringere Strafdrohung wurde mit dem bei § 26 WZG vorrangig zu schützenden Kollektivinteresse begründet. § 25d WZG sollte dagegen mehr die „greifbareren“ – Individualinteressen der Zeicheninhaber absichern. Auch hier wurde eine Versuchsstrafbarkeit eingeführt und an die Stelle der Unbrauchbarmachung trat die Vernichtung der mit der widerrechtlichen Kennzeichnung versehenen Gegenstände, sofern die Kennzeichnung nicht entfernt werden konnte, § 26 Abs. 3 WZG.

3. Zusammenfassung

Durch das Produktpirateriegesetz wurde die generalpräventive Wirkung des Strafrechts im Bereich der vorsätzlichen Markenverletzungen gestärkt. Die Erhöhung der Strafraum brachte einen größeren Spielraum für die Gerichte, eine Bestrafung orientiert am Maß der Schuld zu ermöglichen. Auch versprach man sich die häufigere Verhängung von Freiheitsstrafen, da gerade im gewerblichen Bereich das „Wegholen der Täter vom Schreibtisch“ als wünschenswert angesehen wurde. Den Schutzrechtsverletzern sollte es unmöglich gemacht werden,

¹²³ Zur Einziehung vgl. 4. Kapitel C. II. 1.

¹²⁴ BGH vom 9. Dezember 1964, GRUR 1965, 317 (318) - Kölnisch Wasser; zivilrechtliche Ansprüche konnten in diesem Zusammenhang auch auf § 823 Abs. 2 BGB sowie § 3 UWG gestützt werden.

weiter „unternehmerisch“ tätig zu werden.¹²⁵ Ob damit tatsächlich eine messbare Abschreckung erreicht wurde, bleibt schwer nachzuweisen.¹²⁶

Letztlich blieben jedoch einige Lücken, die erst mit dem neuen Markengesetz geschlossen werden sollten. So konnten ohne Verstoß gegen das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG Vorbereitungshandlungen wie z.B. die Herstellung von Kennzeichnungsmitteln sowie das erstmalige Inverkehrbringen rechtmäßig hergestellter Ware nicht erfasst werden, sofern man diese Handlungen nicht als unmittelbares Ansetzen zur Tat qualifizieren konnte.¹²⁷ Auch war es bspw. möglich, im schutzrechtsfreien Ausland hergestellte Waren im Inland zu verbreiten, ohne dass § 25d WZG strafrechtlichen Schutz gewährte.¹²⁸ Des Weiteren umfasste die Strafbarkeit nach § 25d WZG neben Marken- und Ausstattungsverletzungen nur noch Namens- und Firmenverletzungen und solche auch nur im Rahmen des warenzeichenmäßigen Gebrauchs. Die rechtswidrige Verwendung sonstiger Unternehmenskennzeichen im Sinne des § 16 UWG – die besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts, eines gewerblichen Unternehmens oder einer Druckschrift – war also nur dann strafbar, wenn gleichzeitig ein Verstoß gegen § 25d WZG vorlag. Eine Bestrafung ermöglichte ansonsten nur der Rückgriff auf § 4 UWG oder § 263 StGB.¹²⁹

Schließlich gab es keinen strafrechtlichen Schutz der bekannten Kennzeichen. Der Schutz dieser Zeichen war nämlich überhaupt nicht im WZG geregelt und konnte nur ergänzend über §§ 1 UWG, 12 BGB oder als Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB sanktioniert werden.

III. Markengesetz 1994

Mit der Novellierung des Warenzeichenrechts durch das Produktpirateriegesetz war die Überarbeitung der gewerblichen Schutzrechte noch nicht abgeschlossen. Zur Anpassung an die internationale Entwicklung, insbesondere nachdem der Rat der Europäischen Gemeinschaft die erste Richtlinie Nr. 89/104 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Marke vom 21. Dezember 1988¹³⁰ erlassen hatte, sowie aus Gründen einer grundlegenden Reform des in

¹²⁵ Meister, Leistungsschutz und Produktpiraterie, J. II. 5. (S. 108).

¹²⁶ Zur tatsächlichen Zahl der Verurteilungen wegen Kennzeichenverletzungen und dem äußerst geringen Anteil der Freiheitsstrafen, vgl. 6. Kapitel C. I.

¹²⁷ Was aufgrund der meist erforderlichen wesentlichen Zwischenschritte im Vorfeld der Tatbegehung wohl selten möglich war.

¹²⁸ Braun, Produktpiraterie, Kapitel 2, III. A. 7. a) (S. 158).

¹²⁹ Ingerl/Rohnke, MarkenG, nur 1. Auflage, § 143 RN 2.

¹³⁰ ABl. EG (L) Nr. 40, S. 1 ff., vom 11. Februar 1989, abgedr. in Bl. f. PMZ 1989, 189 ff.; zur

Grundzügen noch auf dem WZG von 1936 beruhenden Warenzeichenrechts wurde schon bald mit den Arbeiten zu einer Neuregelung des gesamten Kennzeichenrechts begonnen.¹³¹

So wurde am 24. Februar 1993 den am Markenschutz interessierten Kreisen ein im Bundesministerium der Justiz ausgearbeiteter sog. „Diskussionsentwurf“ eines Gesetzes zur Reform des Markenrechts zugesandt.¹³² Dieser Entwurf – entstanden unter der Leitung des damaligen Ministerialrats Dr. Alexander von Mühlendahl¹³³ – integrierte erstmals die bislang außerzeichenrechtlichen Kennzeichnungsrechte wie die Firmen- und Namensrechte nach § 16 UWG sowie die geographische Herkunftsangaben in das Markenrecht.¹³⁴ In strafrechtlicher Hinsicht waren in den §§ 170 – 172 drei Tatbestände vorgesehen, nämlich die strafbare Kennzeichenverletzung, die strafbare Benutzung geographischer Herkunftsangaben sowie die ordnungswidrige Verwendung von Hoheitszeichen und ähnlichen Zeichen.¹³⁵ Anzumerken ist, dass durch § 170 Nr. 7 des Entwurfs erstmals die Benutzung von verwechselbar ähnlichen Werktiteln und Unternehmenskennzeichen in den Tatbestand der Kennzeichenverletzung einbezogen wurde.

Nach dieser längeren Vorbereitungsphase wurde durch Art. 1 des Gesetzes zur Reform des Markenrechts¹³⁶ vom 25. Oktober 1994 das Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (MarkenG) erlassen, welches am 1. Januar 1995 in Kraft trat. Dabei wurde der Anlass genutzt, das Recht der geschäftlichen Kennzeichen in einem Regelwerk zusammenzufassen und zu modernisieren. Es sollte ein homogenes Gesetzeswerk geschaffen werden, welches auch eine systematische Abkoppelung vom Patentrecht vorsah, indem nämlich auf Verweisungen und Bezugnahmen auf das Patentgesetz weitgehend verzichtet wurde. In den Schutz des Gesetzes wurden alle geschäftlichen Zeichen – Marken, geschäftliche Bezeichnungen und geographische Herkunftsangaben, § 1 – einbezogen. Auch neue Markenformen wurden explizit anerkannt, § 2. Dem neuen Gesetz liegt damit ein sehr weiter Markenbegriff zugrunde, was einhergeht mit einer potentiellen Erweiterung der Strafbarkeit aufgrund der vorsätzlichen Verletzung einer solchen neuen Markenform.

Internationalen und Europäischen Entwicklung siehe 5. Kapitel.

¹³¹ Zu den politischen Hintergründen sowie den verschiedenen Entwürfen: Meister, Die Marke zwischen den Gesetzen, GRUR 1994, 167 ff.

¹³² Abgedruckt in GRUR 1993, 599 – 631.

¹³³ Heute Vize-Präsident des Harmonisierungsamts für den Binnenmarkt in Alicante.

¹³⁴ § 1 Nr. 2 und 3 des Entwurfs, GRUR 1993, 599 (602).

¹³⁵ GRUR 1993, 599 (627); vgl. auch Anhang 1, G.

¹³⁶ Genauer: Gesetz zur Reform des Markenrechts und zur Umsetzung der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (Markenrechtsreformgesetz, MRRG), BGBl. 1994, I., S. 3082 ff.

Mit der Neuregelung wurden überdies dem Wesen nach ursprünglich wettbewerbsrechtliche Ansprüche integriert, nämlich die Ausnutzung oder Beeinträchtigung des Rufs bekannter Marken, § 14 Abs. 2 Nr. 3. Auch der zuvor in § 16 UWG geregelte Schutz der Unternehmenskennzeichen sollte ohne inhaltliche Änderungen in das MarkenG übernommen werden.¹³⁷ Neu eingeführt wurde an dieser Stelle ebenfalls ein erweiterter Schutz bekannter Unternehmenskennzeichen, § 15 Abs. 3.

Einhergehend mit dieser Erneuerung der Kollisionstatbestände und den nunmehr nicht mehr abschließend geregelten relevanten Benutzungshandlungen wurden auch die strafrechtlichen Vorschriften als eigenständige §§ 143 – 145 des Markengesetzes ausgestaltet.¹³⁸ Während jedoch die Aufteilung in Grundtatbestand, Qualifikation und Versuchsstrafbarkeit sowie das Strafmaß beibehalten wurde, wurden § 143 und 144 gesetzestechnisch durch die umfassende Anknüpfung an die zivilrechtlichen Straftatbestände der §§ 14, 15 bzw. 127 völlig neu konzipiert. Darauf wird im folgenden Kapitel noch zurückzukommen sein.

IV. MarkenrechtsänderungsG 1996

Am 15. März 1994 trat die Verordnung (EG) Nr. 40/94 über die Gemeinschaftsmarke in Kraft.¹³⁹ Mit dieser Verordnung wurde ein neues gemeinschaftsweites Schutzsystem für Marken etabliert, welches neben die nationalen Marken tritt – sog. Grundsatz der Koexistenz – und einen zusätzlichen Schutz gewährleistet.

Zwar musste die Verordnung als unmittelbar in allen Staaten der Gemeinschaft geltendes Recht – Art. 189 S. 2 EGV – nicht von den nationalen Gesetzgebern umgesetzt werden, jedoch bedurfte es einiger Anpassungen des deutschen Rechts, um das Verhältnis der beiden Gesetzeswerke zu koordinieren. Dies war das Hauptziel des Entwurfs eines Markenrechtsänderungsgesetzes 1996¹⁴⁰, welches am 25. Juli 1996 in Kraft trat. Mit dem Reformgesetz wurden nationale Ausführungsvorschriften zur Gemeinschaftsmarkenverordnung in das Markengesetz inkorporiert, nämlich in Abschnitt 3, Teil 5, §§ 125 a bis 125h MarkenG.

Gemäß diesen Vorschriften können bei der Verletzung einer Gemeinschaftsmarke über die in Art. 9 i.V.m Art. 98 Abs. 1 GMVO erwähnten Unterlassungsansprüche hinaus Ansprüche auf Schadensersatz nach § 14 Abs. 6 und 7, auf Vernichtung (§ 18) und auf Auskunfterteilung (§ 19) geltend gemacht werden, § 125b Nr. 2 MarkenG. Das nationale Markenrecht gilt auch für den Umfang dieser Ansprüche, vgl. Art 98 Abs.2 GMVO.

¹³⁷ Begründung zum Gesetzesentwurf, in Bl. für PMZ 1994, Sonderheft, S. 67.

¹³⁸ Vgl. dazu Anhang 1, H.

¹³⁹ Vom 20. Dezember 1993, ABl. EG Nr. L 11, vom 14. Dezember 1994, S.1, vgl. 6. Kapitel B. III.

¹⁴⁰ Vom 19. Juli 1996, BGBl. 1996, I. S. 1014 bis 1017.

Auch die nationalen strafrechtlichen Vorschriften blieben von der Gemeinschaftsmarkenverordnung nicht unberührt. So wurde § 143 MarkenG dahingehend geändert, dass Verletzungen der Rechte, die durch Eintragung einer Gemeinschaftsmarke erworben werden, in gleicher Weise geahndet werden wie Verletzungen deutscher Markenrechte. Diese Änderung war erforderlich, da die Gemeinschaftsmarkenverordnung keine eigenen Strafvorschriften enthält. In den neuen Absätzen 1a und 7 des § 143 wurde die Strafbarkeit der Verletzung von Rechten aus einer Gemeinschaftsmarke vom Erlass einer Rechtsverordnung der Justiz abhängig gemacht. Ausweislich der Gesetzesbegründung sollte dies die übliche Vorgehensweise bei der Umsetzung von Verboten aus dem Gemeinschaftsrecht darstellen.¹⁴¹ Zur weiteren Gleichgestaltung mit dem nationalen Recht wurde auch das Erfordernis eines Strafantrages auf § 143 Abs. 1a, die einfache Verletzung einer Gemeinschaftsmarke, ausgedehnt, § 143 Abs. 4.

V. Aktuelle Gesetzgebungsinitiativen

1. *Strafrechtlicher Schutz der Gemeinschaftsmarke*

Am 9. Mai 2001 wurde von der Bundesregierung im Rahmen des Kostenbereinigungsgesetzes¹⁴² beschlossen, die vorsätzliche Verletzung der Gemeinschaftsmarke nunmehr ohne den Umweg einer – bislang nicht erlassenen – Rechtsverordnung in den strafrechtlichen Schutz einzubeziehen. Der Beschluss basierte auf einem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Markengesetzes vom 21. November 2000.¹⁴³ Mit Einführung des Straftatbestands der strafbaren Verletzung der Gemeinschaftsmarke, § 143a MarkenG¹⁴⁴ durch Art. 9 Nr. 35 des Kostenbereinigungsgesetzes wurde das Vorhaben umgesetzt. Die Blankettermächtigungen der § 143 Abs. 1a und Abs. 7 konnten somit entfallen.

Dieser Verzicht auf den Erlass einer Rechtsverordnung durch Schaffung eines eigenständigen Straftatbestands unmittelbar im Markengesetz ist für den Rechtsanwender wesentlich übersichtlicher und vermeidet von vorneherein Schwierigkeiten mit dem Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB. Schließlich wurde auch Art. 61 TRIPS Rechnung getragen.¹⁴⁵

¹⁴¹ Begründung zum Entwurf des Markenrechtsänderungsgesetz 1996, BT-Ds. 13/3841, S. 16.

¹⁴² Vom 19. Dezember 2001, BGBl. 2002, 14 ff.

¹⁴³ Im Internet einzusehen unter <http://www.bib.uni-mannheim.de/bereiche/jura/gewerblicherrechtsschutz/markengesetzentwurf.pdf> (zuletzt besucht am 15. September 2004).

¹⁴⁴ Vgl. Anhang 1, I.

¹⁴⁵ Zu den Anforderungen des TRIPS-Abkommens vgl. 6. Kapitel C. II. 2.

2. *Sonstige Anpassungen des Markenrechts, bspw. aufgrund des Markenrechtsvertrags / TLT*

Am 25. Juli 2001 wurde vom Bundeskabinett der Gesetzesentwurf zum Markenrechtsvertrag der WIPO¹⁴⁶ verabschiedet. Dieser Vertrag soll das Verfahren zur Anmeldung einer Marke in den Mitgliedstaaten der EU vereinheitlichen und vereinfachen, Markenschutz soll dadurch in fremden Rechtssystemen leichter erlangt werden können. In Deutschland sind dazu keine Änderungen im Markengesetz erforderlich. Nur in der Markenverordnung müssen einige Vorschriften angepasst werden. Diese Änderungen sollen rechtzeitig vor Ratifizierung des Vertrages in Kraft treten.¹⁴⁷

Auch die weiteren Änderungen des MarkenG hatten keinen Einfluss auf die Strafvorschriften des Markenrechts.¹⁴⁸ Hinsichtlich eines etwaigen Handlungsbedarfs des Gesetzgebers aufgrund des Aktionsplans der EU zur Bekämpfung der Produktpiraterie und der Richtlinie 2004/48/EG vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums – die aber ohnehin keine Regelungen zu Strafverfahren mehr enthält – ist derzeit noch nichts bekannt.¹⁴⁹

VI. Markenschutz in der DDR

Auch in der ehemaligen DDR entwickelte sich trotz der sozialistischen Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung ein Bedürfnis für eine Regelung des Markenrechts. Natürlich lässt sich aus den geschriebenen Normen kein reales Bild gewinnen, da die DDR – ebenso wie auch das Dritte Reich – kein Rechtsstaat war und demzufolge auch nicht von einer objektiven Verwirklichung des kodifizierten Rechts auszugehen ist. Die nachfolgenden Darstellungen beschränken sich daher auf einen Überblick der formal existierenden Vorschriften.¹⁵⁰ Voranzustellen ist, dass auch für die bundesdeutschen Unternehmen das Markensystem der DDR nicht ganz unbedeutend war. So betrug die Zahl der Schutzerstreckungen internationaler Marken im Jahre 1986 immerhin 2.403 Marken.¹⁵¹ Hinzu kamen natürlich noch nationale Anmeldungen, die von einigen Unternehmen parallel zu einer nationalen Marke durchgeführt wurden.

¹⁴⁶ Siehe zum Markenrechtsvertrag/ Trademark Law Treaty, 5. Kapitel C. I. 3.

¹⁴⁷ Pressemitteilung der Bundesregierung vom 25. Juli 2001, im Internet unter www.bundesregierung.de.

¹⁴⁸ Eine Auflistung der Änderungen des MarkenG seit 1994 findet sich in Ströbele/Hacker, MarkenG, S. XXIX.

¹⁴⁹ Vgl. dazu 6. Kapitel B. IV. 3.

¹⁵⁰ Allgemein zum Gewerblichen Rechtsschutz in der DDR: Fischer, Grundzüge des gewerblichen Rechtsschutzes, § 18.

¹⁵¹ Berg, Das Warenkennzeichengesetz der Deutschen Demokratischen Republik, GRUR Int. 1988, 621.

Im Warenzeichenrecht der DDR stand die Funktion des Warenzeichens als Instrument des Verbraucherschutzes im Vordergrund. So wurde die Qualitätskontrolle der Erzeugnisse durch den Staat als eine Hauptaufgabe der rechtlichen Regelung angesehen. Eine erste eigenständige Regelung für das Gebiet der DDR stellte das Warenzeichengesetz vom 17. Februar 1954 dar, welches das alte WZG von 1936 aufhob.¹⁵² Dieses Gesetz brachte eine Kennzeichnungspflicht für alle industriellen Erzeugnisse mit sich, § 1 WZG DDR. Ein freiwilliger Markenschutz für andere Erzeugnisse konnte durch Eintragung in das Warenzeichenregister erlangt werden.¹⁵³ Dazu war jedoch u.a. der Geschäftsbetrieb anzugeben, für den das Zeichen verwendet werden sollte, § 5 Abs. 1 WZG DDR.

Markenverletzungen zogen nach § 29 ff. WZG DDR Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche nach sich. Den strafrechtlichen Schutz des Warenzeichens regelte § 29 Abs. 3 WZG DDR, die Verletzung der Ausstattung wurde durch § 30 Abs. 3 sanktioniert. Dazu ergänzend wurde die vorsätzliche oder fahrlässige Verwendung falscher Ursprungs- oder Beschaffenheitsangaben in § 31 DDR WZG geahndet und schließlich war auch die Verletzung der Kennzeichnungspflicht oder der Missbrauch der amtlichen Prüf-, Güte- oder Gewährzeichen strafbewehrt, §§ 28, 32 WZG DDR.

Das Strafmaß betrug in allen Fällen Geldstrafe oder Gefängnis bis zu sechs Monaten. Bei einer Verurteilung auf Grund der §§ 29 bis 32 WZG DDR bestimmte das Gericht, dass die widerrechtliche Kennzeichnung von den im Besitz des Verurteilten befindlichen Gegenständen beseitigt oder nur so verwendet werden durfte, dass sie nicht in den Handelsverkehr gelangten, § 33 Abs. 1 WZG DDR. Auch eine öffentliche Bekanntmachung war vorgesehen, § 33 Abs. 2 WZG DDR.

Diese Vorschriften wichen inhaltlich nicht wesentlich von den Regelungen des WZG 1936 ab. Einzig der Strafrahmen beim Ausstattungsschutz wurde in der DDR schon früher als in der Bundesrepublik auf Freiheitsstrafe von bis zu sechs Monaten angehoben, was in der Praxis aber keine Rolle gespielt haben dürfte.

Am 1. April 1985 trat dann das neue Gesetz über Warenkennzeichen¹⁵⁴ (WKG) in Kraft. Die zivilrechtlichen Verletzungsansprüche bei Markenverletzungen regelten nun die §§ 28 ff. WKG. Bei widerrechtlicher Benutzung – definiert als die Verwendung gleicher oder verwechselbarer Kennzeichen – gewährte das Gesetz einen Anspruch auf Unterlassung und Schadensersatz, § 29 WKG. Die kennzeichenrechtlichen Ansprüche konnten durch Klage beim Bezirksgericht Leipzig geltend gemacht werden, § 28 Abs. 1 WKG. Im Gegensatz zu seinem Vorgänger enthielt das neue Gesetz keine Strafvorschriften mehr. Lediglich § 32 Abs. 1

¹⁵² Abgedruckt in Bl. f. PMZ 1954, 71 ff., Neufassung 1968 in GBl. I 1968, S. 360; vgl. Anhang 1, J.

¹⁵³ Das Register wurde beim Amt für Erfindungs- und Patentwesen in Berlin (Ost) geführt.

¹⁵⁴ Vom 30. November 1984, Gesetzblatt der DDR 1984 Teil I (GBl. 1) S. 397, veröffentlicht auch in Bl. f. PMZ 1985, 197 bis 202.

WKG belegte den Betriebsleiter, der die nach wie vor bestehende Kennzeichnungspflicht nach den §§ 2 und 5 WKG nicht erfüllte, mit Verweis oder Ordnungsstrafe bis 500 Mark. Eine Strafverfolgung von Markenverletzungen konnte nur noch nach dem allgemeinen Strafrecht vorgenommen werden.

In der Endphase des sozialistischen Herrschaftssystems der DDR nach der friedlichen Revolution vom 9. November 1989 wurden die bestehenden Rechtsvorschriften schrittweise dem Recht der Bundesrepublik angepasst. So wurde mit Gesetz vom 29. Juni 1990 die Pflicht zur Warenkennzeichnung beseitigt sowie einige Verfahrensvorschriften neu geregelt.¹⁵⁵ Bereits kurz darauf wurden mit dem Einigungsvertrag¹⁵⁶ vom 31. August 1990 die in der Bundesrepublik geltenden Rechtsvorschriften auch auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes im Beitrittsgebiet mit Wirkung zum 3. Oktober 1990 in Kraft gesetzt. Dies galt jedoch zunächst nur für Neuanmeldungen von Schutzrechten, die sog. „Altrechte“ (die vor der Wiedervereinigung in einer der beiden Staaten angemeldeten Rechte) wurden nur für ihr jeweiliges Schutzgebiet aufrechterhalten. Für sie galten die bis zum 2. Oktober 1990 geltenden Rechtsvorschriften. Das Deutsche Patentamt wurde alleinige Zentralbehörde auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes.¹⁵⁷

Erst durch das Gesetz über die Erstreckung von gewerblichen Schutzrechten¹⁵⁸ wurde die gegenseitige Erstreckung der Altrechte auf das bisher nicht erfasste Gebiet festgelegt und eine Regelung von Kollisionsfällen vorgenommen.¹⁵⁹ Das Gesetz sah des Weiteren mit Wirkung zum 1. Mai 1992 die grundsätzliche Anwendung des Rechts der Bundesrepublik auf die in der ehemaligen DDR existierenden Altrechte vor. Damit wurde die Rechtseinheit auch für diese Altrechte weitgehend hergestellt und die Teilung Deutschlands auch auf dem Gebiet des Markenrechts endgültig beseitigt.

F. Zusammenfassung

Seit über 125 Jahren existieren gesamtdeutsche Regelungen zum Schutz von Kennzeichnungen. In dieser Zeit hat sich das Verständnis von Marken und deren Schutzzweck erheblich gewandelt. Während das RGStGB von 1870/71 im Mar-

¹⁵⁵ Vgl. dazu Hubmann/Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 2 X (S. 34).

¹⁵⁶ Vom 31. August 1990, BGBl. 1990 II., dazu G v. 23. September 1990, BGBl. 1990 II, 885.

¹⁵⁷ Zur Relevanz des Einigungsvertrags auf den gewerblichen Rechtsschutz: Vogel, Auswirkung des Vertrages über die Herstellung der Einheit Deutschlands, GRUR 1991, 83 ff.

¹⁵⁸ Erstreckungsgesetz vom 23. April 1992, BGBl., 1992, 938 ff.

¹⁵⁹ Eine weitere mit diesem Gesetz eingeführte Neuerung war der Grundsatz der freien Übertragbarkeit von Marken, mithin die Loslösung der Zeichenrechte von dem Geschäftsbetrieb des Zeicheninhabers, § 47 ErstrG.

kenrecht vor allem noch strafrechtlich-gewerbepolizeiliche Aufgaben sah, leitete das MSchG von 1874 das Ende dieses allein an den Interessen der Abnehmerschaft und Allgemeinheit ausgerichteten Markenschutzes ein. Wenn auch zu dieser Zeit die Verletzung gewerblicher Schutzrechte noch vornehmlich als Straftat aufgefasst wurde, erlangte allmählich der zivilrechtliche Markenschutz Vorrang vor den strafrechtlichen Schutzbestimmungen. Merkmale dieses Vordringens der Privatautonomie waren die Anerkennung der Marke als Ausschließlichkeitsrecht, die Zuerkennung von Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen und die Einordnung des Markenrechts als Teil des Wettbewerbsrechts.¹⁶⁰ Diese Entwicklung hat sich im 20. Jahrhundert mehr und mehr verstärkt mit der Folge, dass heutzutage der Rechtsschutz der Zeicheninhaber fast ausschließlich über die zivilrechtlichen Ansprüche realisiert wird.

Eine erste Rückbesinnung auf die Möglichkeiten des strafrechtlichen Schutzes von Kennzeichnungen brachte 1990 das Produktpirateriegesetz mit sich, mit dem die strafrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten effektiviert und verschärft werden sollten. Diese Bemühungen um eine – wenn auch vor allem als zusätzlich angesehenen – häufigeren Anwendung der Straftatbestände des Markenstrafrechts haben sich seitdem verstärkt. Folglich hat der Gesetzgeber nunmehr nahezu alle Arten vorsätzlicher Kennzeichenverletzungen unter Strafe gestellt. Durch die Einbeziehung von Vorbereitungshandlungen und der Tatbestände zum Schutz bekannter Zeichen bestehen – zumindest theoretisch – umfassende materiellrechtliche Möglichkeiten zur Strafverfolgung von Zeichenverletzern. Gleichwohl sollen Strafverfahren vor allem gegen die sog. Produktpiraten, kriminell organisierte Hersteller quasi identischer Falsifikate von Konsum- und Luxuswaren durchgeführt werden.

Gegenläufig zu dieser Intensivierung des strafrechtlichen Schutzes könnte bei oberflächlicher Betrachtung die Tendenz zur Entkriminalisierung von sog. „Bagatelldelikten“ in vielen Lebensbereichen sein. Dies bedeutet die vorrangige Bereitstellung von zivilrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten oder zumindest der Einstufung von geringen Vergehen als Ordnungswidrigkeiten. Damit kommt der viel zitierte ultima ratio-Gedanke des Strafrechts zum Ausdruck. Danach darf aufgrund des durch die Verfassung geschützten Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit die Verletzung von Rechtsgütern nur dann mit Strafe bedroht werden, wenn die Sanktionsmöglichkeiten des Zivil- und Verwaltungsrechts nicht mehr ausreichen, um einen wirksamen Rechtsgüterschutz herbeizuführen. Diese Anwendung des Strafrechts nur in schweren Fällen von Rechtsgutsverletzungen geht einher mit der häufig bei den Verfolgungsbehörden und auch in der Bevölkerung anzutreffenden Auffassung, dass Markenverletzungen – so sie denn nicht in großem Stil begangen werden – kein besonders gravierendes Unrecht darstellen. Manchmal

¹⁶⁰ Fezer, MarkenR, Einl. I 1.

wird sogar die Ansicht vertreten, dass der strafrechtliche Schutz in der Praxis nur noch auf dem Papier existiert.

Andererseits kommen Marken in der Konsumgesellschaft immense Bedeutung und Werte zu. Damit verbunden sind die neuen Aufgaben und Funktionen von Marken. Sie werden nicht mehr nur als reines Herstellerkennzeichen benutzt, sondern auch zur Unterscheidung verschiedener Produkte desselben Herstellers, zur – von der Ware nahezu losgelösten – selbstständigen Kommunikation mit den Verbrauchern sowie zur Assoziation von Qualitätsvorstellungen.¹⁶¹ Mit dieser Entwicklung muss das Markenrecht Schritt halten. Mit der wachsenden Zahl von Marken und deren gesteigerter Bedeutung in der Wirtschaftsordnung wächst naturgemäß auch die Zahl derer, die rechtswidrig an der gewerblichen Leistung anderer Teil haben wollen.

Letztlich geht es darum, mit den strafrechtlichen Normen nur solche Fälle zu erfassen, bei denen neben der zivilrechtlich unerlaubten Handlung noch ein kriminelles Potential in der Verletzungshandlung liegt. Darauf soll im 7. Kapitel D. – nach der in den nächsten Kapiteln dargestellten Untersuchung der Straftatbestände, ihrer Rechtsdurchsetzung, dem tatsächlichen Ausmaß von Markenstrafverfahren sowie den Bemühungen ausländischer Rechtsordnungen – zurückgekommen werden.

¹⁶¹ Zu den Markenfunktionen bspw.: Fezer, MarkenR, Einl. RN 30 – 41.

3. Kennzeichenrechtliche Strafvorschriften

Der strafrechtliche Schutz von Marken, geschäftlichen Bezeichnungen und geographischen Herkunftsangaben wird im Markengesetz von 1994 durch die §§ 143, 143a und 144 festgeschrieben. Daneben werden amtliche Prüf- und Gewährzeichen sowie Hoheitssymbole durch die Bußgeldvorschrift des § 145 geschützt. Ergänzend können Tatbestände des Kernstrafrechts oder auch weitere Ordnungsvorschriften aus Nebengesetzen wie dem UWG oder der AO zur Anwendung kommen. Wesentlich ist dabei, dass eine tatbestandliche Trennung zwischen „normalen“ vorsätzlichen Kennzeichenverletzungen und sog. „Produktpiraterie“ – die sich vor allem durch nahezu identische Nachahmung bekannter Markenware auszeichnet – weder im Markengesetz noch in sonstigen Gesetzen besteht. Vielmehr hat der Gesetzgeber nahezu umfassend alle auch zivilrechtlich sanktionierbaren Verletzungshandlungen in die Strafbarkeit einbezogen.

Zur konsequenten Verfolgung der einfachen oder sogar teilweise organisierten Kriminalität im Bereich der Kennzeichennachahmung müssen die bestehenden Normen dann aber auch konsequent angewendet werden. Ansonsten läuft die vom Gesetzgeber intendierte weite Fassung der Straftatbestände ins Leere. Andererseits sind aber auch die Grenzen der Strafbarkeit zu beachten, um vergleichsweise geringes Unrecht begehende Täter nicht unnötig zu kriminalisieren. Auch dürfen im Gegensatz zum Zivilrecht bei der Beurteilung der Tat keine Analogien vorgenommen werden. Diese verhältnismäßige Anwendung setzt die Kenntnis der materiellen strafrechtlichen Normen einerseits des Markenrechts (dazu im 1. Teil) sowie andererseits auch des Kernstrafrechts und der sonstigen Gesetze (dazu im 2. Teil) - voraus.

1. Teil: Straftatbestände des Markenrechts

Im Markengesetz werden Kennzeichenrechte im ersten Abschnitt des achten Teils durch drei Straftatbestände, nämlich § 143 „Strafbare Kennzeichenverletzung“, § 143a „Strafbare Verletzung der Gemeinschaftsmarke“ und § 144 „Strafbare Benutzung geographischer Herkunftsangaben“ sowie durch die Bußgeldvorschrift des § 145¹⁶² geschützt. Nachfolgend sollen diese Tatbestände eingehend dargestellt werden. Aufgrund der umfassenden Bezugnahme auf die zivilrechtlichen Unterlassungsnormen der §§ 14 und 15 in den §§ 143, 143a ist damit zugleich eine Erörterung der zivilrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen verbunden. Weitere Folge dieser Anknüpfung ist, dass aufgrund der besonderen – teilweise strengeren – Anforderungen des Strafrechts eine mit dem Zivilrecht identische Auslegung der Tatbestandsmerkmale in Einzelfällen Probleme bereiten kann. Insbesondere ist an dieser Stelle bereits das strafrechtliche Analogieverbot sowie der Bestimmtheitsgrundsatz nach § 1 StGB, Art. 103 Abs. 2 GG zu erwähnen. Insoweit soll die bislang nur ansatzweise untersuchte Verfassungsmäßigkeit der Straftatbestände des Markenrechts besonderen Raum einnehmen.

Den §§ 143 ff. gemeinsam sind die Schutzobjekte, nämlich die verschiedenen Arten von Kennzeichen, sowie die Erfordernisse des Handelns im geschäftlichen Verkehr und der rechtsverletzenden Benutzung. Diese Voraussetzungen müssen bei allen Tatbeständen vorliegen und sollen daher vorab dargestellt werden (dazu A.). Danach kann auf die einzelnen Tatbestände sowie deren Merkmale eingegangen werden (dazu B. bis E.)

A. Allgemeines

Entgegen der in Kreisen der Justiz und der Wirtschaft geführten Diskussion über die zunehmenden organisierten Schutzrechtsverletzungen – Stichwort „Produkt- und Markenpiraterie“ – findet sich im deutschen Markenrecht weder im Zivil- noch im Strafrecht eine ausdrückliche Definition der Nachahmung von Markenerzeugnissen. Die Vorschriften der §§ 143, 143a und 144 regeln vielmehr ganz allgemein die Strafbarkeit der widerrechtlichen Benutzung von Marken, geschäftlichen Bezeichnungen und geographischen Herkunftsangaben.¹⁶³ Die Verwirklichung dieser Tatbestände setzt aber gerade keine Nachahmung der Erscheinungsform der gekennzeichneten Waren voraus.¹⁶⁴ Mit der Neufassung des Markenrechts war vielmehr eine Regelung vorgesehen, die alle nach dem Markengesetz

¹⁶² Tatbestände ohne Gesetzesangabe sind im Folgenden immer solche des MarkenG.

¹⁶³ Parallele Strafvorschriften enthalten auch die §§ 142 PatG, 23 GebrMG, 39 SortG, 14 GeschmMG, 10 HalblSchutzG.

¹⁶⁴ So schon zum WZG: Knaak/Tilmann, Maßnahmen gegen die Nachahmung von Markenwaren, GRUR 1986, 336; Baumbach/Hefermehl, WZG, § 24 RN 58.

geschützten Zeichen einbezieht.¹⁶⁵ Ziel des Gesetzgebers war es, einen möglichst umfassenden Schutz von Kennzeichen gegen alle möglichen Verletzungshandlungen zu schaffen.

Hauptaufgabe der strafrechtlichen Tatbestände des Markenrechts ist der Schutz des Ausschließlichkeitsrechts des Zeicheninhabers bei vorsätzlichen Verletzungen. Jeder Dritte, der vorsätzlich und ohne Zustimmung des Berechtigten das Kennzeichen des Zeicheninhabers im geschäftlichen Verkehr verwendet, soll grundsätzlich auch strafrechtlich verfolgt werden können. Dies wird erreicht durch eine umfassende Bezugnahme der Tatbestände auf die zivilrechtlichen Verbotsnormen der §§ 14, 15 und 127. Damit hängt die Strafbarkeit des Markenverletzers von zivilrechtlichen Vorfragen ab, nämlich der widerrechtlichen Benutzung der Marke, geschäftlichen Bezeichnung bzw. der geographischen Herkunftsangabe.¹⁶⁶

Durch diesen Verweis wird die Intention des Gesetzgebers sichtbar, den vorrangig zivilrechtlich ausgestalteten Kennzeichenschutz durch die Straf- und Bußgeldvorschriften zu vervollständigen.¹⁶⁷ Damit einher geht eine sehr „weite“ Fassung der Strafnormen, die – unter wenigen Einschränkungen in subjektiver Hinsicht – erschöpfend alle auch zivilrechtlich zu ahndenden Verletzungshandlungen einbeziehen. Hintergrund dieses umfassenden Strafschutzes ist die vor allem seit den achtziger Jahren des 20. Jahrhunderts weltweit zunehmende Anzahl von vorsätzlichen Schutzrechtsverletzungen und die damit verbundene Diskussion über den verstärkten Einsatz strafrechtlicher Instrumente. Die Bedeutung des Strafrechts im Markenrecht wird neben der tatsächlichen Strafverfolgung dabei vor allem in der generalpräventiven Wirkung gegenüber Produktpiraten gesehen.¹⁶⁸

Neben dieser rechtspolitischen grundsätzlich zu begrüßenden Forderung bleibt jedoch zu prüfen, ob durch den nahezu lückenlosen Rückgriff auf die zivilrechtlichen Verletzungstatbestände in jeder Hinsicht den besonderen grundgesetzlichen Anforderungen, insbesondere dem Erfordernis der Bestimmtheit von Strafvorschriften Genüge getan wird.¹⁶⁹ Denn ein Gleichlauf zwischen der zivilrechtlichen und der strafrechtlichen Auslegung ist zwar wünschenswert, kann aber aufgrund der in die Freiheitsrechte der Bürger stärker einschneidenden strafrechtlichen Sanktionen manchmal nicht opportun sein.

¹⁶⁵ Begründung zum Gesetzesentwurf des neuen Markengesetzes, in Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, S. 119.

¹⁶⁶ Wabnitz/Janovsky-Möller, Wirtschaftsstrafrecht, 15. Kapitel, III. 3. RN 18 (S. 963).

¹⁶⁷ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 143 RN 1; Braun, Produktpiraterie, Kapitel 2, III. A. 1., S. 147, der von dem gesetzestechnischen Vorrang des Zivilrechts vor dem Strafrecht spricht.

¹⁶⁸ Hacker/Ströbele-Hacker, MarkenG, § 143 RN 9.

¹⁶⁹ So auch Schultz, MarkenR, § 14 RN 2.

I. Gegenstand und Entstehung des Schutzes

Mit dem neuen Markengesetz wurden alle Kennzeichenrechte in einer Kodifikation zusammengefasst. Schutzobjekte nach den Vorschriften der §§ 143 ff. sind damit alle Zeichen im Sinne des § 1 Nr. 1 bis 3, nämlich

- Deutsche Marken,
- auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland erstreckte IR-Marken,
- Gemeinschaftsmarken,
- geschäftliche Bezeichnungen (Unternehmenskennzeichen und Werktitel),
- geographische Herkunftsangaben.

Erstmals im Markenrecht werden durch § 143 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 neben den eingetragenen Marken, § 4 Nr. 1, auch Marken geschützt, die durch die Benutzung im Verkehr Verkehrsgeltung erworben haben, § 4 Nr. 2. Weiter erstreckt sich der strafrechtliche Schutz auf die notorisch bekannten Marken gemäß Art 6^{bis} PVÜ, § 4 Nr. 3. Ein selbstständiger Anwendungsbereich gegenüber den im Inland ohnehin bekannten Marken ergibt sich hier bei ausländischen Marken, die im Inland nicht benutzt werden, aber gleichwohl hierzulande den erforderlichen Bekanntheitsgrad besitzen.

Der Schutz der auf Deutschland erstreckten IR-Marken ergibt sich aus den §§ 107, 112 und 119, 124. Danach werden Marken, die aufgrund des Madrider Markenabkommens (MMA)¹⁷⁰ sowie des Protokolls zum MMA auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland erstreckt wurden, genauso behandelt wie nationale Marken. Abweichungen können sich hier lediglich dann ergeben, wenn die ausländische Marke den „telle-quelle-Schutz“ nach Art. 6^{quinquies} PVÜ beansprucht, sie also normalerweise hierzulande aufgrund von Schutzhindernissen nicht schutzfähig wäre.

Seit dem 1. Januar 2002 ist nunmehr auch die Verletzung von Gemeinschaftsmarken durch § 143a unter Strafe gestellt.¹⁷¹ Die Regelung musste in das nationale Markenrecht aufgenommen werden, da die Gemeinschaftsmarkenverordnung bislang keine strafrechtlichen Vorschriften enthält.¹⁷²

Vom Schutzbereich der §§ 143 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 sowie 143a Abs. 1 erfasst sind ferner alle zulässigen Markenformen. Insbesondere könnte auch die vorsätzliche Verletzung neuer Ausprägungen von Zeichen wie Riech-, Hör-, Hologramm-, Farb-, Bewegungs-, Positions-, haptischer oder Geschmacksmarken grundsätzlich zum Gegenstand eines markenstrafrechtlichen Verfahrens gemacht werden. Sofern diese Kennzeichnungen die aktuell bestehenden Probleme der Eintragung überwunden haben, bereitet in einem eventuellen Strafverfahren wegen Verlet-

¹⁷⁰ Vgl. dazu 6. Kapitel C. I. 2.

¹⁷¹ Art. 9 Nr. 35 i.V.m. Art 30 Abs. 1 Nr. 4 des Gesetzes zur Bereinigung von Kostenregelungen auf dem Gebiet des geistigen Eigentums, BGBl. I 2001, S. 3656.

¹⁷² Vgl. dazu 6. Kapitel B. III. und 2. Kapitel E. V. 1., sowie vorstehend S. 41f.

zung dieser Rechte höchstens die Bestimmung des Schutzbereichs dieser Marken, der zeichenmäßigen Benutzung sowie die Beurteilung der Zeichenähnlichkeit Schwierigkeiten.¹⁷³

Neben den Marken werden die vormals nur in § 16 UWG und § 12 BGB normierten geschäftlichen Bezeichnungen erstmals in das neue MarkenG integriert und darüber hinaus auch strafrechtlich geschützt, §§ 143 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. 5, 15. Die Regelung des § 16 UWG sollte dabei ohne inhaltliche Änderungen integriert werden.¹⁷⁴ Der Begriff „geschäftliche Bezeichnungen“ in § 5 Abs. 1 wird dabei als Oberbegriff für Unternehmenskennzeichen und Werktitel, § 5 Abs. 2 und 3 verwendet. Zu den Unternehmenskennzeichen gehören neben den Namen von Unternehmen (ehemals „Handelsnamen“) und der Firma auch die besonderen Bezeichnungen eines Geschäftsbetriebs (unabhängig von der Firma) sowie die Geschäftsabzeichen. Während der Schutz nach § 5 Abs. 2 unabhängig von der Registrierung durch die tatsächliche Benutzungsaufnahme einer unterscheidungskräftigen Bezeichnung entsteht, muss bei Geschäftsabzeichen – die nicht originär namensmäßiger Art sind – eine Verkehrsgeltung vorliegen.

Eine der wesentlichsten Neuerungen im Markenrecht war in diesem Zusammenhang auch die Stärkung des Schutzes der bekannten geschäftlichen Bezeichnungen, § 15 Abs. 3.¹⁷⁵ Eine Beeinträchtigung dieser Zeichen kann ebenfalls strafrechtlich geahndet werden, § 143 Abs. 1 Nr. 5. Schließlich umfasst der strafrechtliche Schutz auch die geographischen Herkunftsangaben, §§ 144 i.V.m. 126. Diese verkörpern – soweit sie nicht auch als Marke eingetragen sind – keine Individualrechte, sondern werden als sog. „kollektiver Goodwill“ betrachtet.¹⁷⁶ Geographische Herkunftsangaben kennzeichnen Waren und Dienstleistungen nach ihrer Herkunft und erfüllen damit eine den Marken vergleichbare Funktion. Aufgrund ihrer teilweise erheblichen wirtschaftlichen Bedeutung – Stichwort: „made in Germany“ –, werden sie auch strafrechtlich geschützt, obwohl ihre Natur eher wettbewerbsrechtlicher Art ist.

II. Der Maßstab des Bestimmtheitsgebots

Die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der Strafvorschriften des Kennzeichenrechts wird trotz ihrer umfassenden Bezugnahme auf die zivilrechtlichen Unter-

¹⁷³ Zu den zahlreichen offenen Rechtsfragen dieser Markenformen bspw. Fezer, Entwicklungslinien und Prinzipien des Markenrechts in Europa - Auf dem Weg zur Marke als einem immaterialgüterrechtlichen Kommunikationszeichen, GRUR 2003, 457.

¹⁷⁴ Begründung zum Gesetzesentwurf, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, S. 67; dies wurde von der Rsp. bestätigt, BGH vom 27. September 1996, GRUR 1996, 68, 69 – COTTON LINE.

¹⁷⁵ Zu den weiteren Einzelheiten der Neuregelung – auch im Vergleich zu § 25d WZG – vgl. 2. Kapitel E. 3.

¹⁷⁶ Amtl. Begründung, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, S. 110.

lassungstatbestände nur gelegentlich aufgeworfen.¹⁷⁷ Angesichts einer Vielzahl von dem Kernstrafrecht nicht vertrauten und auslegungsbedürftigen Tatbestandsmerkmalen in den §§ 14 und 15 bzw. 127 MarkenG ist jedoch zu untersuchen, ob durch diesen Verweis die vom Grundgesetz vorgegebenen Anforderungen an strafrechtliche Normen, insbesondere die stets notwendige gesetzliche Bestimmtheit der Strafbarkeit, erfüllt werden.

Nachfolgend sollen zunächst die Bedeutung und die Aufgaben des in Art. 103 Abs. GG, § 1 StGB normierten Bestimmtheitsgrundsatzes erläutert werden (dazu 1.) Danach werden die im Einzelnen an eine Strafnorm zu stellenden Anforderungen anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dargestellt (dazu 2.). Im Lichte der sich aus dieser Analyse ergebenden Leitlinien, unter Berücksichtigung der praktischen Relevanz des Grundsatzes (dazu 3.), der an die §§ 143 ff. konkret anzulegenden Maßstäbe (dazu 4.) und des Einflusses des Europa- und Internationalen Rechts (dazu 5.) kann dann bei der Diskussion der einzelnen Tatbestandsmerkmale im Einzelfall entschieden werden, ob diese den grundgesetzlichen Anforderungen genügen.

1. *Bedeutung und Aufgaben des Bestimmtheitsgebots*

Bei der Anwendung aller Strafrechtsnormen ist als eine der obersten verfassungsrechtlichen Maximen das „Gesetzlichkeitsprinzip“ zu berücksichtigen. Danach kann es im Geltungsbereich des Grundgesetzes keine Strafbarkeit ohne Strafgesetz geben. Die Bürger sollen vor einer willkürlichen Ausdehnung und Ausübung der staatlichen Strafgewalt geschützt werden.¹⁷⁸ Ausprägungen des Gesetzlichkeitsprinzips sind dabei insbesondere das Analogieverbot und das Bestimmtheitsgebot, § 1 StGB. Die Vorschrift enthält wörtlich übereinstimmend mit Art. 103 Abs. 2 GG Verfassungsrecht¹⁷⁹ und verlangt als besondere für das Strafrecht geltende Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips, dass alle staatlichen Machtäußerungen auf Grund eines formellen Gesetzes einem unabdingbaren Maß an Messbarkeit und Voraussehbarkeit genügen.¹⁸⁰ Das Gebot der Gesetzesbestimmtheit („nulla poena sine lege certa“) gilt für den Straftatbestand („nullum crimen sine lege“, kein Verbrechen ohne Gesetz) und für die Strafandrohung („nulla poena si-

¹⁷⁷ Bspw. von Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 143 RN 12; v. Gamm, Rufausnutzung und Beeinträchtigung bekannter Marken und geschäftlicher Bezeichnungen, FS Piper, S. 536 (539); Eichmann, Der Schutz von bekannten Kennzeichen, GRUR 1998, 201 (205).

¹⁷⁸ Wessels/Beulke, Strafrecht AT, § 2 I.

¹⁷⁹ Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch, § 1 RN 1; Art. 103 Abs. 2 GG enthält daneben noch das Rückwirkungsverbot und den Ausschluss strafbegründenden Gewohnheitsrechts.

¹⁸⁰ Maunz/Dürig-Herzog, Kommentar zum GG, Art. 20 RN 86.

ne lege“, keine Strafe ohne Gesetz).¹⁸¹ Dies wird in § 2 StGB nochmals ausdrücklich klargestellt.

Funktionen des Bestimmtheitsgebots sind einerseits der Schutz des Normadressaten (Freiheitsgewährleistende Funktion)¹⁸² und andererseits die Sicherstellung der Bestimmungsmacht des Parlaments (Kompetenzwahrende Funktion).¹⁸³ Des Weiteren soll sichergestellt werden, dass die Legislative selbst über die Strafbarkeit entscheidet und dies nicht den Gerichten oder dem Gewohnheitsrecht überlässt.

Stichwortartig lassen sich die Aufgaben des Art. 103 Abs. 2 GG im Normensystem wie folgt umschreiben:

- Generalprävention,
- Subjektive Vorhersehbarkeit der Bestrafung,
- Wahrung des Schuldprinzips,
- Freiheitsschutz und Sicherstellung des Gleichheitsgrundsatzes,
- Sicherung des Gewaltenteilungsprinzips.

Diese an sich unproblematischen und normalerweise nicht besonders erwähnenswerten Grundsätze finden im Markenstrafrecht besondere Bedeutung aufgrund der umfassenden Bezugnahme der §§ 143 ff. auf die zivilrechtlichen Tatbestände des §§ 14, 15 und 127. Wie bereits angedeutet wird der Inhalt der strafrechtlichen Sanktionsnormen dadurch ganz überwiegend von den Vorschriften des Zivilrechts bestimmt. Die Reichweite dieser Tatbestände ist jedoch bereits im Zivilrecht in Randbereichen umstritten. Auch gelten für zivilrechtliche Normen bei der Auslegung oder der Bildung von Analogien unterschiedliche Anforderungen als im insoweit strengeren Strafrecht. Angesichts der sich im Zusammenhang mit der Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale möglicherweise ergebenden Unklarheiten ist somit ein Verstoß der Straftatbestände des Markenrechts gegen das Bestimmtheitsgebot grundsätzlich denkbar. Da das grundrechtsgleiche Recht¹⁸⁴ des Art. 103 Abs. 2 GG sowohl das materielle Strafrecht als auch das Ordnungswidrigkeitenrecht erfasst, gilt es nicht nur für die §§ 143 bis 144, sondern auch für den Bußgeldtatbestand des § 145.

2. *Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*

Das Bundesverfassungsgericht hat in zahlreichen Entscheidungen die an gesetzliche Normen im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot zu stellenden Anforderun-

¹⁸¹ BVerfG vom 20. März 2002 zu § 43a StGB (Vermögensstrafe), 2 BvR 794(95), im Internet unter www.bverfg.de.

¹⁸² BVerfG vom 6. Mai 1987, BVerfGE 75, 329 (341).

¹⁸³ Maunz/Dürig-Schmidt-Aßmann, Kommentar zum GG, Art 103 RN 180.

¹⁸⁴ Sachs-Degenhardt, GG-Kommentar, Art. 103 RN 51.

gen herausgearbeitet. An dieser Stelle sollen einige der wichtigsten Urteile angeführt werden, um die grundlegenden Voraussetzungen darzustellen, an denen eine Strafnorm zu messen ist.

a) Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit

Schon 1962 postulierte das BVerfG zur Vereinbarkeit der Ermächtigungsnorm des Art. 80 Abs. 1 GG mit Art. 103 Abs. 2 GG, dass

der Gesetzgeber die Ermächtigung zur Strafdrohung im Gesetz unzweideutig aussprechen und dabei Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung so genau umreißen muss, dass die Voraussetzungen der Strafbarkeit und die Art der Strafe für den Bürger schon aus der Ermächtigung und nicht erst aus der auf sie gestützten Verordnung voraussehbar sind.¹⁸⁵

Dieses Kriterium der Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit wurde auch in späteren Entscheidungen immer wieder als zentral herausgestellt. Art. 103 Abs. 2 GG enthält somit die Verpflichtung des Gesetzgebers,

die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen.¹⁸⁶ (...) Jedermann soll vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist.¹⁸⁷

Danach muss die Strafbarkeit der Tat im materiellrechtlichen Sinne bestimmt sein.¹⁸⁸ Der Einzelne muss die Möglichkeit haben, sein Verhalten auf die Rechtslage einzurichten.

Verbindliche Maßstäbe werden durch diese doch recht vagen Formulierungen allerdings nicht aufgestellt, es verbleibt nach wie vor ein sehr großer Beurteilungsspielraum. Gleichwohl wird deutlich, dass die Ratio des Bestimmtheitsgrundsatzes letztlich im Vertrauensschutz liegt. Der Bürger soll sich orientieren können, was strafrechtlich verboten ist und welche Strafe ihm im Falle eines Verstoßes droht. Ein ungewisser Zustand kann ihm nicht zugemutet werden, da er ansonsten bloßes Objekt staatlicher Machtausübung ist, dass keine Möglichkeiten hat, sein eigenes Verhalten zu steuern.

¹⁸⁵ BVerfG vom 3. Juli 1962, NJW 1962, 1563.

¹⁸⁶ BVerfGE 14, 174; 25, 269; 32, 346; 47, 120; 55, 152; 71, 114.

¹⁸⁷ BVerfG vom 22. Juni 1988, NJW 1989, 1663 - § 15 Abs. 2 lit a – FAG; auch BVerfGE 25, 269 (285); 26, 41 (42); 73, 206 (234 ff).

¹⁸⁸ So schon RG vom 17. Mai 1934, RGSt 68, 171 (172).

b) Zulässigkeit normativer Begriffe

Das alleinige Abstellen auf die konkrete Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit hilft jedoch bei der notwendigen praxisgerechten Beurteilung von Strafnormen im Einzelfall nicht wesentlich weiter. Bei strenger Auslegung würde dies sogar die alleinige Verwendung von deskriptiven, exakt fassbaren Begriffen bedingen. Nur so könnte der Bürger eindeutig die Tragweite und den Anwendungsbereich einer Strafnorm erkennen. Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe wie die „Gefahr der Verwechslung“ in § 14 ermöglicht bei alleinigem Abstellen auf dieses Kriterium keine unmittelbare Vorhersehbarkeit, da diese Merkmale nicht nur eine scheinbar unübersehbare Vielzahl von Verhaltensweisen beinhalten, sondern auch ihre Grenzen nicht unmittelbar erkennen lassen. Erst durch Auslegung lässt sich der genaue Umfang solcher Tatbestandsmerkmale bestimmen.

Allerdings kann das Strafrecht nicht völlig darauf verzichten, allgemeine und anpassungsfähige Begriffe zu verwenden, die nicht eindeutig umschrieben werden können und daher in besonderem Maße der Auslegung durch Gerichte bedürfen. Es muss sichergestellt werden, dass die Besonderheiten des Einzelfalls, der Wandel der Verhältnisse oder die Vielgestaltigkeit des Lebens berücksichtigt werden können.¹⁸⁹ Denn es gibt soziale Erscheinungen – wie bspw. die zahlreichen Arten der Beleidigung nach § 185 StGB – die durch weniger werthaltige Formulierungen nicht beschreibbar sind.¹⁹⁰ Insofern ist bei der Beurteilung einer konkreten Norm stets ein flexibler Maßstab anzulegen, dessen Strenge etwa vom Regelungsbereich des Strafgesetzes, seiner Entstehungsgeschichte, seiner Konkretisierung durch eine ständige Rechtsprechung und der Schwere der angedrohten Strafe abhängt.

Insofern ist die Verwendung von unbestimmten, auslegungsbedürftigen Begriffen in Strafnormen nicht per se unzulässig. Ansonsten würde man das Gebot der Bestimmtheit übersteigern, was starre und kasuistische Gesetze zur Folge hätte. Der Gesetzgeber kann nicht gezwungen sein, sämtliche Straftatbestände ausschließlich mit rein deskriptiven, exakt fassbaren Tatbestandsmerkmalen zu umschreiben.¹⁹¹ Es muss vielmehr möglich sein, normative, unbestimmte oder wertausfüllungsbedürftige Begriffe zu verwenden.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG bestehen gegen die Verwendung allgemeiner Begriffe dann keine Bedenken, wenn

sich mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden, insbesondere durch Heranziehung anderer Vorschriften desselben Gesetzes, durch Berücksichtigung des Normzusammenhangs oder aufgrund einer gefestigten Recht-

¹⁸⁹ BVerfG vom 25. Juli 1962 und vom 3. Juli 1962, NJW 1962, 1563.

¹⁹⁰ Roxin, Strafrecht AT, § 5 VIII. 1. (RN 69).

¹⁹¹ BVerfG vom 30. November 1955, NJW 1956, 99 – zu § 187a StGB.

sprechung eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung der Norm gewinnen lässt.¹⁹²

Der Einzelne soll die durch die Norm geschützten Werte sowie das Verbot bestimmter Verhaltensweisen erkennen und die staatliche Reaktion voraussehen können. Für ihn ist – ggf. nach Auslegung unter den sogleich geschilderten Voraussetzungen – erkennbar, ob ein geplantes Handeln strafbar ist.

c) Übliche Auslegungsmethoden

Jede über ein bloßes Fallgesetz hinausgehende Rechtsnorm bedarf der Auslegung. Diese versucht, den maßgeblichen Bedeutungsgehalt der Vorschrift klarzustellen und deren Sinn zu verdeutlichen. Nur so kann auch auf die veränderten Bedürfnisse und Anschauungen der Gegenwart reagiert werden. Wie soeben dargestellt kann der Gesetzgeber nicht auf ausfüllungsbedürftige Begriffe verzichten. Diese genügen den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG, wenn sich ihr Inhalt im Wege der üblichen Auslegungsmethoden bestimmen lässt. Inhalt und Reichweite einer Norm können danach durch den Wortlaut¹⁹³, die Entstehungsgeschichte¹⁹⁴ und den Systemzusammenhang im Ganzen¹⁹⁵ klargelegt werden. Weiter ist die besondere Schutzfunktion und der objektive Sinn und Zweck des Gesetzes zu berücksichtigen.¹⁹⁶

Besonders bei letzterer extensiven Auslegungsmethode müssen jedoch die durch Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB im Strafrecht gezogenen Grenzen beachtet werden, wonach die Vorhersehbarkeit immer für den Adressaten bestehen muss. Auch ist die Auslegung stets zu trennen von der Analogie. Letztere muss Gesetzeslücken ausfüllen, die der gesetzliche Tatbestand lässt. Das Erfordernis gesetzlicher Bestimmtheit schließt eine analoge oder gewohnheitsrechtliche Strafbegründung aber aus¹⁹⁷, sog. „lex stricta“. Die Grenzen zwischen zulässiger Auslegung und verbotener Analogie sind indes nicht immer einfach zu ziehen. Nach Auffassung des BVerfG ist die Analogie nicht im engeren, technischen Sinne zu verstehen. Ausgeschlossen ist die Rechtsanwendung, die über den Inhalt der gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht.¹⁹⁸ Da Gegenstand der Auslegung immer nur der Gesetzestext selbst sein kann,

¹⁹² BVerfG vom 21. Juni 1977, NJW 1977, 1815.

¹⁹³ Grammatische Auslegung, BGH vom 3. Februar 1960, BGHSt 14, 116 (118).

¹⁹⁴ Historische Auslegung, BGH vom 17. Oktober 1957, BGHSt 11, 47.

¹⁹⁵ Systematische Auslegung, BGH vom 8. Oktober 1953, BGHSt 5, 263 (266).

¹⁹⁶ Objektiv-teleologische Auslegung, BGH vom 11. Dezember 1961, BGHSt 17, 21 (23).

¹⁹⁷ BVerfG vom 3. Juli 1962, NJW 1962, 1339.

¹⁹⁸ BVerfG vom 23. Oktober 1985, NJW 1985, 1671 (1672).

ist die absolute Grenze der Auslegung der mögliche Wortsinn.¹⁹⁹

Der noch mögliche Wortsinn ist aus der Sicht des Bürgers zu bestimmen, der schließlich auch die Folgen eines Verstoßes gegen eine Strafnorm zu tragen hat. Er erfasst alles, was nach dem Sprachgebrauch dem Wort an Bedeutung beigelegt werden kann, wobei sich eine Grenze nicht immer exakt bestimmen lässt.²⁰⁰ Es wird dazu zwischen einem Kernbereich derjenigen Bedeutungen, die eindeutig dem Begriff noch zugeordnet werden können (sog. positive Gewissheit), und einem Bereich, der eindeutig außerhalb des Bedeutungsfeldes des Ausdrucks liegt (sog. negative Gewissheit), unterschieden.²⁰¹ Dazwischen soll ein Bereich liegen, der eine Gesetzesanwendung weder fordert noch ihr entgegensteht.²⁰² In dem das BVerfG vom Wortsinn und nicht vom Wortlaut spricht, soll bereits vor der Auslegung ein Vorverständnis vorausgesetzt werden.²⁰³ Dies ist auch sachgerecht, denn mit der Anknüpfung des Rechts an die in der Gesellschaft verwendeten Sprachzeichen geht einher, dass diese fließende Grenzen aufweisen, die sich auch im Laufe der Zeit verändern können.²⁰⁴

Auf jeden Fall müssen Gerichte in Fällen, die vom Wortlaut und der Systematik einer Strafnorm nicht gedeckt sind, zum Freispruch gelangen.²⁰⁵ Dies gilt unabhängig davon, ob speziell gelagerte Einzelfälle besonders strafwürdig sind. Es muss in diesen Fällen Aufgabe des Gesetzgebers sein, die Entscheidung zu treffen, ob solche Regelungslücken hingenommen werden müssen oder neue Vorschriften geschaffen werden sollen. Allein aus einer gesetzgeberischen Absicht heraus, die sich nicht im Wortlaut der Strafnorm widerspiegelt, kann keine Bestrafung resultieren. Denn dies würde einen Verstoß gegen den in Art. 20 Abs. 3 normierten Grundsatz der Gewaltenteilung bedeuten. Das Bestimmtheitsgebot ist also Handlungsanweisung an den Gesetzgeber und Handlungsbegrenzung für den Strafrichter zugleich.²⁰⁶ Letzterem ist es nach Art. 103 Abs. 2 GG versagt, ein zu unbestimmtes Gesetz von sich aus nachzubessern.

¹⁹⁹ Nicht Wortlaut, BGHSt vom 12. März 1953, NJW 1953, 1190 – zu § 139a StGB (Fahrerflucht); BVerfG vom 19. Dezember 1991, NVWZ-RR 1992, 521 (522).

²⁰⁰ Larenz, Methodenlehre, S. 320.

²⁰¹ Larenz, Methodenlehre, S. 320.

²⁰² Krey, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, S. 47.

²⁰³ Maunz/Dürig-Schmidt-Aßmann, GG, Art. 103 RN 228.

²⁰⁴ Ransiek, Gesetz und Lebenswirklichkeit, Erster Teil A. (S. 4).

²⁰⁵ BVerfG vom 17. Januar 1978, NJW 1978, 933 (934).

²⁰⁶ BVerfG vom 20. März 2002, 2 BvR 794/95 – zu § 43a StGB.

d) Heranziehung anderer Vorschriften

Aber auch innerhalb des möglichen Wortsinns darf die Auslegung nicht weiter gehen, als es Zweck und Sinnzusammenhang der Norm zulassen.²⁰⁷ Im Rahmen der Auslegung normativer Rechtsbegriffe ist es insbesondere auch zulässig, den Inhalt der Sanktionsnorm aus anderen Vorschriften „desselben Gesetzes“ zu bestimmen. Es wird damit der Systemzusammenhang im „Gesetzesganzen“ berücksichtigt. Grund dafür ist, dass keine Norm nur für sich steht und stets in ein Geflecht von Vorschriften eingebunden ist. Diese repräsentieren in ihrer Gesamtheit den Regelungswillen des Gesetzgebers.

Zulässig muss es dann aber auch sein, bei der Auslegung auf ein Vorgängergesetz zurückzugreifen, sofern der Gesetzgeber nur eine Modernisierung vornimmt, hergebrachte Rechtsbegriffe oder Konstruktionen übernimmt und im fraglichen Bereich keinen völligen Paradigmenwechsel vorgenommen hat. Angesichts der im vorherigen Kapitel vorgestellten langjährigen Existenz von Strafvorschriften im Warenzeichengesetz können die dazu entwickelten Grundsätze auch bei der Auslegung der markenrechtlichen Straftatbestände in Betracht gezogen werden, sofern alle sonstigen Kriterien des Bestimmtheitsgebots erfüllt werden und dasselbe Rechtsgut identisch geschützt werden soll.

Fraglich könnte jedoch sein, ob für die Auslegung der Strafvorschriften des Markengesetzes ein ergänzender Rückgriff auf verwandte Gesetze möglich ist. In Frage kommt hier insbesondere das UWG. Zwar schützt dieses Gesetz grundsätzlich nicht nur die Unternehmerleistung ganz allgemein, sondern auch das öffentliche Interesse an unverfälschten Leistungen und redlichem Wettbewerb. Aufgabe des Markenrechts dagegen ist alleine der Schutz der gewerblichen Leistung des Zeicheninhabers, die sich in einem Symbol für ein Produkt niederschlägt.²⁰⁸ Dennoch wird das Markenrecht von der h.M. als besonderer Teil des Wettbewerbsrechts angesehen, zumal mit der Reform des Markenrechts auch originär wettbewerbsrechtliche Gedanken und Normen wie bspw. § 16 UWG ohne die Absicht einer Änderung der Rechtslage in die §§ 5, 15 MarkenG überführt wurden.²⁰⁹

Des Weiteren können gemäß § 2 MarkenG ergänzend andere gesetzliche Bestimmungen zum Schutz von Kennzeichnungen angewendet werden. Zwar ist noch nicht höchstrichterlich für alle in Frage kommenden Tatbestände geklärt, ob § 2 abschließend, also nur bei Versagen des kennzeichenrechtlichen Schutzes zur Anwendung kommt, oder daneben auch parallel andere Gesetze zum Zuge kom-

²⁰⁷ BVerfG vom 17. Februar 1981, BVerfGE 57, 250 (262).

²⁰⁸ Zu den Schutzzwecken der gewerblichen Schutzrechte: Hubmann/Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 1 II. 3. (S. 5).

²⁰⁹ S.o. A.1.

men können.²¹⁰ Der BGH lässt bspw. beim Schutz bekannter Kennzeichen die parallele Anwendung von §§ 1 UWG, 823, 1004 BGB nicht zu. Die neuen Regeln werden aber von ihm als eine umfassende spezialgesetzliche Regelung bewertet, mit der der früher nach § 1 UWG bewirkte Schutz ausgebaut und fixiert werden sollte.²¹¹ Insofern können die ursprünglich rein wettbewerbsrechtlichen Überlegungen zu diesen Tatbeständen unter Berücksichtigung der markenrechtlichen Besonderheiten aufgegriffen werden. Wesentlich ist an dieser Stelle aber auch, dass strafrechtliche Sanktionsmöglichkeiten in diesen Fällen im WZG nicht bestanden.

Eine Entscheidung ist letztlich nur im Gesamtzusammenhang des jeweiligen Tatbestandsmerkmals und unter Berücksichtigung dessen Entstehungsgeschichte möglich. Auf diesen Gesichtspunkt soll daher bei der Erörterung der einzelnen Tatbestandsmerkmale, zurückgekommen werden.

e) Bestimmbarkeit normativer Rechtsbegriffe durch eine gefestigte Rechtsprechung

Eine Vorschrift kann trotz der Verwendung von Begriffen, welche eine sehr weite Auslegung zulassen und aus diesem Grunde nach Art. 103 Abs. 2 GG grundsätzlichen Bedenken begegnen können, dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanfordernis genügen,

weil sie durch eine jahrzehntelange gefestigte Rechtsprechung hinreichend präzisiert worden ist, die Vorschrift zum überlieferten Bestand an Strafnormen gehört und eine einschränkende Auslegung allgemein anerkannt wird.²¹²

Dieses Erfordernis der „jahrelangen gefestigten Rechtsprechung“ gilt auch im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes. Bspw. soll die wettbewerbsrechtliche Generalklausel des § 1 UWG a. F. verfassungsrechtlich unbedenklich sein. Ein erschöpfender Katalog von Einzeltatbeständen ist nach Ansicht des BVerfG durch die unübersehbare Vielfalt möglicher Verhaltensweisen nicht möglich. So hat es für diese zivilrechtliche Norm im Jahre 1972 ausgeführt, dass

eine gewisse Freiheit des Richters in der Beurteilung wettbewerbsrechtlicher Sachverhalte in Kauf genommen werden muss. Dies beeinträchtigt zwar die Berechenbarkeit gerichtlicher Entscheidungen und damit die

²¹⁰ Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 2 RN 13 ff.

²¹¹ BGH vom 30. April 1998, GRUR 1999, 161 – MAC DOG.

²¹² BVerfG vom 14. Mai 1969, BVerfGE 26, 41 (42) – zum „groben Unfug“ in § 360 Abs. 1 Nr. 1, 2. Alt StGB; BVerfG vom 11. November 1986, NJW 1987, 43 (44) m.w.N. – zu § 240 StGB (Sitzdemonstrationen).

Rechtssicherheit, doch werde dieser Nachteil dadurch gemindert, dass die langjährige Rechtsprechung des Reichsgerichts und des BGH den Rechtsgehalt der Generalklausel in viele Richtungen breit entfaltet hat.²¹³

Von einer gefestigten Rechtsprechung kann jedoch nur gesprochen werden, wenn die Entwicklung der Rechtsprechung einigermaßen homogen ist und sich gewisse Entwicklungslinien ersehen lassen. Zwar können stets zweifelhafte Ausnahmefälle vorliegen, eine sich ständig ändernde Rechtsprechung sowie ein ausgeprägtes Einzelfallrecht genügen diesen Anforderungen indes nicht.

Konkret können Tragweite und Anwendungsbereich einer Norm hinreichend bestimmt sein, wenn

die in der Vorschrift verwendeten auslegungsbedürftigen Begriffe durch die Rechtsprechung eine mit dem Wortlaut der Regelung, ihrem Zweck und ihrer Entstehungsgeschichte in Einklang stehende Auslegung erfahren (haben), die dem Normadressat hinreichend verdeutlicht, was die Bestimmung strafrechtlich verbietet.²¹⁴

Es müssen im Laufe der Zeit bei der Auslegung nachzuvollziehende Grundsätze entwickelt worden sein, welche die Entscheidung des Einzelfalls zu leiten imstande sind.²¹⁵ Dies könnte gerade bei den vergleichsweise selten angewandten strafrechtlichen Nebenvorschriften problematisch sein. Denn zwar sind für viele der in Bezug genommenen zivilrechtlichen Tatbestandsmerkmale, wie z.B. die Auslegung der Verwechslungsgefahr, umfangreiche Grundsätze und Fallgruppen entwickelt worden. Gleichwohl kann aber im Strafrecht – schon aufgrund der verbotenen Analogie – nicht in jedem Fall eine identische Auslegung vorgenommen werden. Ein automatischer Rückgriff auf die zivilrechtliche Rechtsprechung verbietet sich daher, wenngleich diese sicherlich Leitlinien vorgeben kann.

Hinzu kommt, dass die Rechtsprechung im Kennzeichenstrafrecht angesichts der nur geringen Anzahl von gerichtlichen Entscheidungen – in den Jahren 2001 und 2002 wurden nur jeweils 254 bzw. 201 kennzeichenstrafrechtliche Verfahren verhandelt²¹⁶ – sowie dem Fehlen von obergerichtlichen und noch dazu veröffentlichten Urteilen zumindest bislang nicht in der Lage war, eine eigene, geschweige denn ausführliche und einheitliche Entscheidungspraxis zu einzelnen Problemfeldern zu entwickeln. Von einer gefestigten Entscheidungsfindung kann auch im Lichte der Tatsache, dass die Richter aufgrund der geringen Fallzahlen und der meist vorliegenden offensichtlichen Fälle des § 143 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. 14 Abs. 2 Nr. 1 oder 2 mit diesen Tatbeständen des Nebenstrafrechts nicht sehr vertraut

²¹³ BVerfG vom 8. Februar 1972, NJW 1972, 573.

²¹⁴ BVerfG vom 26. Mai 1981, BVerfGE 57, 250 (262) – zu § 99 Abs.1 Nr. 1 StGB.

²¹⁵ BVerfG vom 25. Januar 1984, NJW 1984, 1741 (1743).

²¹⁶ Vgl. 5. Kapitel C. I.

sind, zumindest in den besonders zu untersuchenden Randbereichen der Strafbarkeit, bspw. bei der neu eingeführten strafbaren Benutzung bekannter Marken oder Unternehmenskennzeichen, nicht die Rede sein. Ohne den Untersuchungen der einzelnen Tatbestandsalternativen vorwegzugreifen besteht insofern zumindest das Risiko einer sehr unterschiedlichen Beurteilung komplexer Rechtsbegriffe wie bspw. der „Ausnutzung der Wertschätzung“ oder der „Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft“ in § 143 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 5.

f) Gesetzliche Bestimmtheit

Trotz der Zulässigkeit einer Bestimmung des Normgehalts aufgrund einer „gefestigten Rechtsprechung“ muss beachtet werden, dass die Strafbarkeit „gesetzlich“ bestimmt sein muss. Der Bestimmtheitsatz fordert in Strenge genommen gerade die Vorhersehbarkeit staatlicher Sanktionen mittels eines Gesetzes. Das BVerfG spricht davon, dass „der Gesetzgeber selbst über die Strafbarkeit entscheidet“.²¹⁷ Die Verlagerung auf eine kontinuierliche Rechtsprechung würde dies gerade umgehen. Insofern kann die Bewertung eines Verhaltens nicht alleine den Gerichten überlassen werden, da man sonst die Gewaltenteilung aufgibt, nämlich die Gesetzgebungskompetenz verschiebt.²¹⁸ Die aus Art. 103 Abs. 2 GG klar ersichtliche Wertentscheidung geht dahin, dass der Bürger sich eben doch leichter aus parlamentarischen Gesetzen unterrichten kann als durch Auswertung der Judikatur oder durch Orientierung an einer praktischen „Übung“ des täglichen Lebens.²¹⁹

Gleichwohl wird das Kriterium der Existenz einer gefestigten Rechtsprechung stets als Voraussetzung einer zulässigen Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen gesehen. Denn bei solchen – inhaltlich mehr oder weniger offenen – Begriffen ist eine Auslegung nach den hergebrachten Grundsätzen alleine aus dem Gesetzestext und der Systematik nicht mehr ohne Weiteres möglich. Die Bezugnahme auf eine gefestigte Rechtsprechung ist ebenso wie die Vorhersehbarkeitsmaxime Ausdruck von Rechtssicherheit.²²⁰ Insofern wird auch hier dem Vertrauensschutz Ausdruck verliehen. Bei der Diskussion um die Bestimmtheit der markenstrafrechtlichen Regelungen muss daher diese Voraussetzung trotz ihrer Angreifbarkeit berücksichtigt werden. Es ist jedoch mit Roxin zumindest zu fordern, dass der Gesetzgeber einen Regelungsrahmen vorgibt, dessen konkretisierende Ausfüllung noch als Auslegung eines bestimmten Gesetzes gelten darf.²²¹

²¹⁷ BVerfG vom 14. Mai 1969, BVerfGE 26, 41 (43).

²¹⁸ Roxin, Strafrecht AT, Bd. 1 § 5 VIII. 1. (RN 69 und 70).

²¹⁹ Duttge, Fahrlässigkeit und Bestimmtheit, FS für Kohlmann, S. 13 (28).

²²⁰ Krahl, Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht, 2. Kapitel, 2.2, S. 132.

²²¹ Roxin, Strafrecht AT, Bd. 1 § 5 VIII. 1. (RN 75).

g) Schwere der angedrohten Strafe

Der Bestimmtheitsgrundsatz wird vom BVerfG weiter relativiert, indem es die Anforderungen an die Bestimmtheit mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz koppelt. So soll – aufgrund der „ultima ratio“ Geltung des Strafrechts – die Schwere der angedrohten Strafe ein Indiz für die zu fordernde Bestimmtheit des Straftatbestands sein. Eine Strafnorm muss die Voraussetzungen der Strafbarkeit umso präziser bestimmen, je schwerer die mögliche Strafe ist.²²² Umgekehrt kann daraus aber auch gefolgert werden, dass bei einem weniger intensiven Eingriff in die Freiheitsrechte ein Gesetz bereits ausreichend ist, welches nur geringen Anforderungen an die Gesetzesbestimmtheit genügt.

Von einigen Autoren wird diese Verknüpfung abgelehnt. Krahl bezeichnet die Abhängigkeit der Gesetzesbestimmtheit von der Strafdrohung als unzulässig, da der Bestimmtheitsgrundsatz als Garantie individueller Freiheit Eingriffe in diese gerade abwehren soll und sich deshalb eine Erörterung der Angemessenheit oder des Übermaßes eines solchen Eingriffs erübrigt.²²³ Mit dieser Einschränkung solle nur in nicht zu tolerierender Weise die Bestimmtheitsanforderungen bei leichten Formen des Unrechts gesenkt werden.²²⁴ Auch Roxin lehnt diese Verknüpfung ab, da das Gesetzlichkeitsprinzip für alle Strafbestimmungen in gleicher Weise gelte und keine „Nachlässe“ für leichtere Delikte gestatte.²²⁵

Die Problematik einer Senkung der Anforderungen stellt sich jedoch im Markenstrafrecht aufgrund des Strafrahmens von bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe bei den Grundtatbeständen des § 143 und 143a Abs. 1, von zwei Jahren im Falle des § 144 und sogar bis zu fünf Jahren bei den Qualifikationen wohl nicht. Im Gegenteil wird beispielsweise im Rahmen der Strafnorm des § 4 UWG – Strafdrohung von Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren – schon eine „sehr eingehende Beschreibung“ verlangt, da diese Strafe einen erheblichen Eingriff in die persönliche Freiheit eines etwaigen Täters darstellt.²²⁶ Die Anforderungen an die Bestimmtheit durch die Verknüpfung mit der Schwere der angedrohten Strafe sind somit im Markenrecht eher höher als niedriger einzustufen.

²²² BVerfG vom 25. Juli 1962, BVerfGE 14, 245 (251) – zu § 21 StVG; vom 14. Mai 1969, BVerfGE 26, 41 (43); vom 11. Februar 1969, BVerfGE 41, 314 (320).

²²³ Krahl, Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht, IV. Kapitel, 4.2, S. 319.

²²⁴ Krahl, aaO, Kapitel IV, 4.1, S. 318.

²²⁵ Roxin, Strafrecht AT, 1Bd., § 5 VIII 1. (RN 70).

²²⁶ Klug, Zur Strafbarkeit irreführender Werbeangaben, GRUR 1975, 217 (221/222).

h) Berücksichtigung des Normadressaten

Eine weitere Einschränkung der Vorhersehbarkeitsmaxime wurde vom BVerfG dadurch vorgenommen, dass es neben dem Vorliegen einer gefestigten Rechtsprechung auch darauf abstellt,

an welchen Adressatenkreis sich die Vorschrift richtet.²²⁷

Sofern der Adressat der Norm – in einem vom BVerfG entschiedenen Fall der für einen Bilanzabschluss Verantwortliche – aufgrund seines Fachwissens imstande ist, den Regelungsgehalt der entsprechenden Tatbestandsmerkmale zu verstehen und ihnen konkrete Handlungsweisen zu entnehmen, sollen unbestimmte Begriffe keinen Bedenken begegnen.²²⁸ Ein Sonderwissen des Täters wird insofern schon beim Bestimmtheitsgebot berücksichtigt.

Für das Markenstrafrecht ist dazu anzumerken, dass als Täter alle im geschäftlichen Verkehr handelnden Personen – und damit grundsätzlich jedermann – in Frage kommen. Insofern sind zwar Grundkenntnisse über die Funktion und den Wert von Marken anzunehmen, es liegt jedoch üblicherweise kein Sonderwissen in Bezug auf Besonderheiten oder Fachtermini des Markenrechts vor. Selbst in dem Fall, in dem diese Täter mit Markenwaren gewerblich handeln, besitzen sie nur eine laienhafte Vorstellung von dem Regelungsgehalt der einzelnen Tatbestände des Markenrechts. Insofern ist davon auszugehen, dass die Anforderungen an die Bestimmtheit jedenfalls für die hier in Rede stehenden Randbereiche der Strafbarkeit nicht vermindert sind. Dies umso mehr, als das BVerfG den Fall offen lässt, in dem das „in der Regel vorhandene“ Sonderwissen nicht vorliegt. Auch würde man möglicherweise je nach Grad der Kenntnis des Täters einerseits zu einer Bestimmtheit der Norm mit der Folge einer Bestrafung kommen und andererseits Strafflosigkeit annehmen müssen. Diese Einschränkung der Bestimmtheit ist daher für das Markenstrafrecht abzulehnen, da sie gerade dem Erfordernis präziser, geschriebener Strafbarkeitsgrenzen entgegenwirkt.²²⁹

i) Erfordernis fachgerichtlicher Bestimmtheit

Die „hinreichende Verdeutlichung“ der Bestrafung muss auch gelten, wenn man die Frage, mit welcher Auslegung der Norm in Grenzbereichen zu rechnen ist, nicht im Rahmen der Bestimmtheit der Norm, sondern unter dem Gesichtspunkt der Voraussehbarkeit der Auslegung prüft.²³⁰ Diesbezüglich wurde im Jahre 1995

²²⁷ BVerfG vom 11. Juni 1969, BVerfGE 26, 186 (204) - zum Disziplinarrecht; vom 15. März 1978, BVerfGE 48, 48 (57) – zu § 240 Abs.1 Nr. 4 KO i.V.m. § 39 Abs. 2 S. 2 HGB.

²²⁸ BVerfG vom 15. März 1978, BVerfGE 48, 48 (57).

²²⁹ Krahl, Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht, II. Kapitel, 2.3. (S. 156).

²³⁰ BVerfG vom 10. Januar 1995, BVerfGE 92, 1 ff.

durch die bekannte „Sitzdemonstrationenentscheidung“ des BVerfG die bislang sehr unpräzise und weitgehend leerlaufende²³¹ Voraussetzung der „Vorhersehbarkeit“ der Strafbarkeit erweitert. Zusätzlich zu dem Erfordernis der gesetzlichen Bestimmtheit wird Art. 103 Abs. 2 GG nunmehr auch das Erfordernis der Bestimmtheit fachgerichtlicher Auslegung entnommen.²³² An dieser Vorhersehbarkeit fehlt es jedenfalls in den Fällen, in denen

das Fachgericht ein Tatbestandsmerkmal weit auslegt, dies dem Gericht erhebliche Entscheidungsspielräume eröffnet, so dass Willkür nicht ausgeschlossen werden kann, und die Entscheidung mangels gefestigter Rechtsprechung nicht ausnahmsweise vorhersehbar ist.²³³

In diesen Fällen können aufgrund des zu großen Entscheidungsspielraums die Entscheidungen der Gerichte nicht sicher vorausgesehen werden und der Vertrauensschutz der Bürger ist verletzt. Dieser Erstreckung des Art. 103 Abs. 2 GG auf die Auslegung durch die Rechtsprechung ist zuzustimmen, denn auch ein hinreichend bestimmter Gesetzeswortlaut kann bei normativen Begriffen den Bürger nicht vor unvorhersehbaren Verurteilungen schützen, wenn die Gerichte ihn in einer auf richterliche Strafwürdigkeitserwägungen abstellenden Art auslegen.²³⁴

3. *Rechtsfolgen einer Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes / Praktische Relevanz*

Ein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot führt grundsätzlich zur Nichtigkeit und damit zur Unanwendbarkeit der betreffenden Norm. Sofern ein Gericht im Rahmen eines Kennzeichenstrafverfahrens Zweifel an der erforderlichen Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage hegt, muss es das Verfahren nach Art. 100 GG aussetzen und um eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über diese Frage ersuchen. Die Verfassungswidrigkeit einer Vorschrift wird vom Bundesverfassungsgericht jedoch nur ganz selten angenommen.²³⁵ Vielmehr sucht das Gericht zunächst nach Möglichkeiten einer verfassungskonformen Auslegung.²³⁶ Nach dieser Doktrin darf eine Vorschrift eines formellen Gesetzes erst

²³¹ Hildebrandt, Die Strafvorschriften des Urheberrechts, Kapitel 2, C. 8. b) (S. 51).

²³² BVerfG vom 10. Januar 1995, BVerfGE 92, 1 (18).

²³³ BVerfGE, aaO, (17/18).

²³⁴ Roxin, Strafrecht AT, Bd. 1, § 5 VIII. 1. (RN 79).

²³⁵ In jüngerer Vergangenheit wurde nur die Vermögensstrafe des § 43a StGB für nichtig erklärt, BVerfG vom 20. März 2002, 2 BVR 794/95, veröffentlicht unter www.bverfg.de.

²³⁶ BVerfG vom 10. Januar 1995, BVerfGE 92, 1, 13 f.

dann wegen Unbestimmtheit für nichtig erklärt werden, wenn es nicht möglich ist, sie auf einen bestimmten – verfassungskonformen – Kern zu reduzieren.²³⁷

Auch in der Gesetzgebungspraxis geht die Tendenz bei Strafvorschriften immer mehr zu generalklauselartigen Formulierungen.²³⁸ Einhergehend mit den verschiedenen Einschränkungen durch das BVerfG hat dies zu der Kritik geführt, dass das Bestimmtheitsgebot nur noch als „offizielle Postulation“ angesehen wird, die keine Umsetzung in der Praxis erfährt.²³⁹ Andere Autoren sind dagegen der Auffassung, dass das Bestimmtheitsgebot überspannt und gerade deshalb nicht ernst genommen wird. Gerade in Tatbeständen des Wirtschaftsstrafrechts sei eine Häufung unbestimmter Rechtsbegriffe zu beobachten, die von der höchstgerichtlichen Praxis akzeptiert wird.²⁴⁰

Ungeachtet dessen bleibt festzuhalten, dass sich zur Wahrung der Rechtssicherheit die Zulässigkeit einer Norm letztlich an den vom BVerfG aufgestellten Kriterien orientieren muss. Durch dessen Rechtsprechung werden Leitlinien vorgeben, an denen sich im Einzelfall jeder Tatbestand zu messen hat. Wenn auch einige der Erwägungen sicherlich an der Autorität des Faktischen orientiert sind, so kann bei der Auslegung zumindest in Verbindung mit den anerkannten strafrechtlichen Auslegungsgrundsätzen eine Beurteilungsgrundlage für das notwendige Maß an Bestimmtheit ermittelt werden. Eine überzeugende Lösung liegt dabei naturgemäß zwischen dem absoluten Verbot jeglicher systematischer oder teleologischer Auslegung mit der Folge einer vollständig kasuistischen Regelung und der völligen Unbestimmtheit durch die exzessive Verwendung von Generalklauseln, die noch dazu verschiedene Wertvorstellungen der Allgemeinheit einbeziehen.

4. *Bestimmtheitsgrundsatz im Kennzeichenrecht*

Bezogen auf die Straftatbestände des Markenrechts sind diese hinreichend bestimmt, wenn sich ihnen ein klarer gesetzgeberischer Schutzzweck entnehmen lässt und der Wortlaut einer beliebigen Ausdehnung der Interpretation noch Grenzen setzt.²⁴¹ Umgekehrt kann das Fehlen einer eigenen Wertung des Gesetzgebers, welches sich in Blankett-Begriffen, vorgeblich außerstrafrechtliche Wertungen, unbehebbarer Unklarheiten und Widersprüche sowie mangelhaften Typenbil-

²³⁷ Roxin, Strafrecht AT, Bd. 1, § 5 VIII. 1. RN 77; Hildebrandt, Die Strafvorschriften des Urheberrechts, Kapitel 2, C. 8. a).

²³⁸ Eine Übersicht von vom BVerfG zugelassener unbestimmter Rechtsbegriffe findet sich bei Dreier/Schulze-Fielitz, GG-Kommentar, Art. 103 II, RN 36 bis 38.

²³⁹ Krahl, Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht, II. Kapitel 2.2 (S. 134) und (S. 405).

²⁴⁰ BGH vom 8. Dezember 1981, BGHSt 30, 285, mit krit. Anmerkungen Lampe, JR 1982, 430 ff.

²⁴¹ Roxin, Strafrecht AT, Bd. 1 § 5 VIII. 1. (RN 75).

dungen ausdrückt, einzelne Tatbestandsalternativen verfassungswidrig machen.²⁴² Es bedarf also der Bereitstellung von im Gesetz selbst formulierten Kriterien, die für eine berechenbare und einheitliche Rechtsanwendung sorgen. Sichergestellt ist dies dann, wenn das Strafgesetz selbst einen konkreten Ausschnitt aus der Wirklichkeit umgrenzt. Denn mit der Zunahme an fassbarem Realitätsbezug erhöht sich auch die inhaltliche Präzision des damit zum Ausdruck gebrachten Sinngehaltes.²⁴³

Insofern muss in der Zusammenschau der Kriterien des BVerfG – aus einer am Wortlaut orientierten Auslegung nach den üblichen Kriterien des Strafrechts zunächst der Schutzzweck der §§ 143 ff. erkennbar werden. Dies wird immer dann der Fall sein, wenn der Gesetzgeber die Leitlinien des Schutzzumfangs in der Norm selbst vorgegeben hat und eine kontinuierliche und gefestigte Rechtsprechung vorliegt, anhand derer die Bestrafung hinreichend verdeutlicht haben muss. Willkürliche Entscheidungsspielräume oder eine unüberschaubare Kaustik stehen der Vorhersehbarkeit entgegen.

Zur Vermeidung eines zu strengen Maßstabs ist jedoch zu berücksichtigen, dass strafrechtliche Normen in zunehmenden Maße Rechtsgüter betreffen, die nicht mehr wie z.B. Leib oder Leben durch vergleichsweise einfache – deskriptive – Umschreibung eines Tatbestands definiert werden können.²⁴⁴ Vielmehr versagt dieses Verfahren, wenn Rechtsgüter wie das Ausschließlichkeitsrecht des Zeicheninhabers im Rahmen der verschiedenen Markenfunktionen geschützt werden sollen. Dennoch muss es stets Ziel der Gesetzgebung bleiben, alles Umschreibbare zu beschreiben und nur dort normative Merkmale zu verwenden, wo der Richter zur Einzelwertung notwendig ist und eine generelle Wertung durch den Gesetzgeber zu grob und ungenügend wäre.²⁴⁵ Es muss daher gefragt werden, ob zum ausreichenden strafrechtlichen Schutz der Rechte der Kennzeicheninhaber wirklich die aktuell vorgegebenen und vergleichsweise ungenauen Begriffe benötigt werden, oder ob die Verwendung deskriptiverer Merkmale in den einzelnen Tatbestandsalternativen genügen würde. Beispielsweise könnte man anstelle der geltenden Regelungen einen Produktpiraterietatbestand fordern, der als Voraussetzung einer Bestrafung die identische oder quasi-identische Nachahmung einer Ware definiert, wobei diese Begriffe durch Fallbeispiele erläutert werden.²⁴⁶

Ohne das Ergebnis der Untersuchung der einzelnen Tatbestandsalternativen vorwegzunehmen, wird vor allem zu untersuchen sein, ob Tatbestandsmerkmale wie

²⁴² Schmidhäuser, Strafrecht AT, 3/25.

²⁴³ Duttge, Fahrlässigkeit und Bestimmtheitsgebot, Festschrift für Kohlmann, 13 (25).

²⁴⁴ Lenckner, Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht, JuS 1968, 249 (253/254).

²⁴⁵ Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, § 9 RN 15.

²⁴⁶ Zu den verschiedenen Vorschlägen zur Änderung der Strafvorschriften des Markenrechts vgl. 7.

die „Gefahr der Verwechslung“, das Vorliegen einer „bekannten Marke“ oder die „Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Wertschätzung oder der Unterscheidungskraft“ dergestalt ausgelegt werden können, dass sie den gesetzgeberischen Willen für den Adressaten erkennbar widerspiegeln. Wenn sich auch in Fällen der eindeutigen Markenpiraterie diesbezüglich so gut wie nie Probleme ergeben, wird jedoch zu klären sein, ob in den – ebenfalls in die Strafbarkeit einbezogenen – „Randbereichen“ der Markenverletzung eine gefestigte Rechtsprechung vorliegt, die dem Einzelnen hinreichend verdeutlicht, ob sein Handeln mit Strafe bedroht ist oder nicht. Bei – auf Grundlage weiter Normauslegung – ungeklärter oder nicht eindeutiger Rechtslage könnte deswegen in Einzelfällen im Markenstrafrecht eine gegenüber dem Zivilrecht engere Auslegung vorzunehmen sein. Dass sich dadurch kein Gleichlauf der zivil- und der strafrechtlichen Folgen von Rechtsverletzungen begründen lässt, ist in Kauf zu nehmen und resultiert aus den höheren verfassungsrechtlichen Anforderungen und dem ultima ratio-Grundsatz. In diesem Zusammenhang hat das BVerfG zur Bestimmung zivilrechtlicher Tatbestandsmerkmale im Rahmen von Strafnormen ausgeführt, dass diese durch die Bezugnahme den Charakter von Strafnormen erhalten. Folglich müssen für die Auslegung die strafrechtlichen Gesichtspunkte und Maßstäbe gelten.²⁴⁷

5. Europarechtlicher und internationaler Einfluss auf die verfassungsrechtliche Prüfung

Die Europäische Union hat nach bislang h. M. aufgrund des fehlenden Souveränitätsverzichts in den Gründungsverträgen keine Kompetenz zur Schaffung deutschen Kriminalstrafrechts und kann somit weder Straftatbestände setzen noch Kriminalstrafen verhängen.²⁴⁸ Ungeachtet dessen hat die EU-Kommission eine Anweisungskompetenz zum Erlass nationaler Strafvorschriften bereits ausgeübt, so z.B. bei der Geldwäsche.²⁴⁹ Gleichwohl üben die europäischen Rechtssetzungsakte in mannigfaltiger Weise Einfluss auf die nationale Gesetzgebung aus.²⁵⁰ Es lässt sich eine richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Strafrechts nachweisen.²⁵¹ Beispielsweise hat der 5. Strafsenat des BGH bereits im Jahre 1991 in eine Entscheidung zu § 326 Abs. 1 StGB bei der Auslegung des Begriffs des „gewillkürten Abfalls“ auch auf zwei EWG-Richtlinien sowie Entscheidungen

²⁴⁷ BVerfG vom 15. März 1978, BVerfGE 48, 48 (60) – zu § 240 Abs. 1 Nr. 4 KO i.V.m. § 39 Abs. 2 S. 2 HGB.

²⁴⁸ Tiedemann, Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht im Rahmen der Europäischen Union, FS für Miyazawa, 673 (676); eine Ausnahme ist die Verwaltungsstrafgewalt der EU.

²⁴⁹ Str., dazu Tiedemann, Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht im Rahmen der Europäischen Union, FS für Miyazawa, 673 (678).

²⁵⁰ Roxin, Strafrecht AT, Bd. 1 § 4 VII. RN 28.

²⁵¹ Sieber, Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht, ZStW 103 (1991), 957 (965).

des EuGH verwiesen und dabei festgestellt, dass diese EuGH-Urteile von den nationalen Verwaltungen und Gerichte bei ihrer Rechtsanwendung zu berücksichtigen sind.²⁵²

Insofern ist bei der Auslegung der Strafvorschriften des Markenrechts stets das Gemeinschaftsrecht zu beachten. Der EuGH vertritt in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass nationales Recht richtlinienkonform auszulegen ist.²⁵³ Weiter geht er davon aus, dass gemeinschaftsrechtliche Normen stets gleich auszulegen sind, sei es im Rahmen eines außerstrafrechtlichen Verfahrens, sei es im Rahmen des Strafrechts, wenn dieses außerstrafrechtliche Regeln des Gemeinschaftsrechts in Bezug nimmt.²⁵⁴

Konkret sind bei der Anwendung der markenstrafrechtlichen Tatbestände die Wertungen der Markenrechtsrichtlinie (MRRL) zu beachten. Soweit im MarkenG zwingende Vorgaben der MRRL umgesetzt werden, ist die gemeinschaftskonforme Anwendung der nationalen Vorschriften auf Vorlage eines deutschen Gerichts vom EuGH gemäß Art. 234 EG zu überprüfen. Ein Rückgriff auf deutsches Recht verbietet sich.²⁵⁵ Zwingende Vorgaben der MRRL sind dabei der Identitätsschutz und der Schutz gegen Verwechslungsgefahr, Art. 5 Abs. 1 a) und b) MRRL. Insofern sind die Unterlassungstatbestände des § 14 Abs. 2 Nr. 1 und 2 und damit auch der Straftatbestand des § 143 Abs. 1 Nr. 1 gemeinschaftsrechtlich vorgegeben und müssen in besonderem Maße richtlinienkonform ausgelegt werden. Lediglich eine Option stellt dagegen der erweiterte Schutz bekannter eingetragener Marken dar, Art. 5 Abs. 2 MRRL. Dagegen existiert noch kein einheitlicher Schutz von geschäftlichen Bezeichnungen oder Werktiteln im Gemeinschaftsrecht. Die MRRL ist nach Art. 1 nur für eingetragene oder angemeldete Marken einschlägig. Dennoch bestehen auch in den letzten beiden Fallgestaltungen natürlich zahlreiche mittelbare Einflüsse der gemeinschaftsrechtlichen Praxis.²⁵⁶

Verfassungsrechtliche Grenzen werden der gemeinschaftskonformen Auslegung durch den Bestimmtheitsgrundsatz gesetzt. Da ein erkennbarer Widerspruch zwischen der MRRL und dem nationalen Markenrecht aber nicht existiert, bereitet eine Orientierung an den gemeinschaftsrechtlichen Wertungen an sich keine Schwierigkeiten. Überdies sieht auch der EuGH den eindeutigen Wortlaut des Gesetzes und den erkennbaren Willen des Gesetzgebers als Grenze der Auslegung an.²⁵⁷ Nur sofern die Berücksichtigung europäischer Grundsätze die Straf-

²⁵² BGH vom 26. Februar 1991, NJW 1991, 1621.

²⁵³ Nachweise bei Wabnitz/Janovsky-Dannecker, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Kapitel, B. VII. 1. a) (S. 177).

²⁵⁴ EuGH Slg. 1986, 805 ff. – Gemeinsame Marktorganisation für Wein.

²⁵⁵ BGH vom 10. Dezember 1998, GRUR 1999, 491 (492) – Farbmarke gelb/schwarz.

²⁵⁶ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 15 RN 3 und 39 f.

²⁵⁷ EuGH Slg. 1984, 1909 – von Colson und Kamann; Slg. 1984, 1942 – Harz; Wabnitz/Janovsky-Dannecker, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Kapitel, B. VII. 2. b) (S. 178/179).

barkeit zu Lasten des Täters erweitern würde, ist eine Lösung nach Maßgabe nationaler Prinzipien zu suchen. Soweit sich danach die Erweiterung der deutschen Strafvorschrift nicht vorhersehen lässt und auch eine gefestigte Rechtsprechung fehlt, kann ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 vorliegen.²⁵⁸ Die Einbeziehung europarechtlicher Grundsätze im Rahmen der herkömmlichen Auslegungsmethoden, insbesondere unter systematischen und historischen Gesichtspunkten ist dagegen stets zulässig.²⁵⁹

Des Weiteren begegnet die Festlegung des nationalen Strafrechts durch die von der EU auferlegte Verpflichtung zur Schaffung von Sanktionsnormen keinen Bedenken. Solche Richtlinien wenden sich unmittelbar nur an die Mitgliedsstaaten und die daraus resultierenden Strafvorschriften besitzen die demokratische Legitimation des Gesetzgebers.²⁶⁰ Der Vollständigkeit halber bleibt an dieser Stelle zu erwähnen, dass für die Beurteilung der markenstrafrechtlichen Regeln noch Art. 61 TRIPS relevant ist, dessen materiell-rechtliche Vorgaben die §§ 143 ff. MarkenG jedoch erfüllen.²⁶¹

III. Handeln im geschäftlichen Verkehr

Rein privates Handeln ist im Bereich der gewerblichen Schutzrechte nicht strafbar, zieht aber auch keine zivilrechtlichen Ansprüche nach sich. Unabdingbare und voranzustellende Voraussetzung der Verwirklichung der §§ 143 – 145 ist stets das Handeln im

„geschäftlichen Verkehr“.

Dieses Erfordernis beinhalten alle zentralen Vorschriften des Markenrechts, vgl. §§ 14 Abs. 2, 15 Abs. 2, 127, 128, 135. Die nochmalige Aufnahme in die Strafvorschriften des §§ 143 und 144 ist somit lediglich als klarstellend zu bezeichnen. Von Ihrer Wiederholung hätte aufgrund der Bezugnahme auf die §§ 14 und 15 (in § 143) und §§ 127 und 128 (in § 144) abgesehen werden können.²⁶²

Das Tatbestandsmerkmal bringt zum Ausdruck, dass allein die wirtschaftliche Tätigkeit reglementiert werden soll und rein private und hoheitliche Tätigkeiten ausgeklammert werden müssen.²⁶³ Auch der EuGH betont, dass eine Benutzung „im Zusammenhang mit einer auf einen wirtschaftlichen Vorteil gerichteten kommer-

²⁵⁸ Hugger, Zur strafbarkeitserweiternden richtlinienkonformen Auslegung deutscher Strafvorschriften, NSZ 1993, 421 (424).

²⁵⁹ Hugger, aaO, 423.

²⁶⁰ Sieber, Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht, ZStW 103 (1991), 957 (972).

²⁶¹ Vgl. 6. Kapitel C. II. 2.

²⁶² Harte-Bavendamm-Holler, Handbuch der Markenpiraterie, § 5 Abschnitt 4, B. II., S. 135.

²⁶³ Ekey/Klippel, MarkenR, § 143 RN 6.

ziellen Tätigkeit und nicht im privaten Bereich“ erfolgen muss.²⁶⁴ Insofern liegt ein Handeln im geschäftlichen Verkehr immer dann vor,

wenn die Handlung des Täters einem beliebigen, eigenen oder fremden Geschäftszweck dient, wobei Gewinnabsicht, Entgeltlichkeit oder ein Wettbewerbsverhältnis nicht notwendig ist.²⁶⁵

Maßgeblich ist die erkennbar nach außen tretende Zielrichtung des Handelnden.²⁶⁶ Das Merkmal wird im Zivilrecht sehr weit ausgelegt. Jede selbstständige, wirtschaftliche Zwecke verfolgende Tätigkeit, durch die eine Teilnahme am Erwerbsleben zum Ausdruck kommt, stellt ein Handeln im geschäftlichen Verkehr dar.²⁶⁷ Zudem wird bei einem Kaufmann oder einem Gewerbetreibenden ein Handeln im geschäftlichen Verkehr zunächst vermutet.²⁶⁸ Ein privates Handeln ist in diesen Fällen vom Verletzer nachzuweisen.

Zur Annahme der Benutzung im geschäftlichen Verkehr soll es bereits genügen, wenn hinreichende Anhaltspunkte für eine zukünftige geschäftliche Benutzung vorliegen.²⁶⁹ Strafrechtliche Bedeutung kann dies bei sog. „Domain-Grabbern“ erlangen, die eine Marke oder eine geschäftliche Bezeichnung unbefugt als Domain im Internet verwenden. Bei nachweislicher späterer geschäftlicher Benutzung oder geplantem Verkauf der Domain kommt eine Bestrafung wegen vorsätzlicher Kennzeichenverletzung in Betracht. Reine Anhaltspunkte reichen indes nicht aus, das Handeln muss zur Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes stets vom Wortsinn erfassbar sein.

Im Ergebnis schließt im Zivilrecht nur rein privates Handeln wie z.B. private Ein- und Verkäufe²⁷⁰, persönliche Bekleidung mit veränderter Markenware²⁷¹ oder die Wiedergabe von Kennzeichnungen auf privaten Internet-Homepages²⁷² den Kennzeichenschutz aus.²⁷³ Zivilrechtliche Ansprüche kommen dann nur noch nach §§ 12 oder 823, 826 BGB in Betracht, eine Möglichkeit der Bestrafung besteht hingegen nicht. Zur Abgrenzung ist die übliche Gesamtbetrachtung vorzu-

²⁶⁴ EUGH vom 12. November 2002, C-206-01, RN 40 – Arsenal, WRP 2002, 1415.

²⁶⁵ Nachweise der Rechtsprechung des BGH in Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 48.

²⁶⁶ BGH vom 22. November 2001, GRUR 2002, 622 (624) – shell.de.

²⁶⁷ Fezer, MarkenR, § 14 RN 40; zum UWG: Baumbach/Hefermehl, UWG, Einl. UWG, RN 208.

²⁶⁸ Insoweit ist hier ein Gleichlauf mit dem Wettbewerbsrecht anzunehmen, vgl. Köhler/Piper, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Einf. UWG, RN 159 ff.

²⁶⁹ Köhler/Arndt, Recht des Internet, RN 35.

²⁷⁰ BGH vom 3. Juni 1993, GRUR 1993, 760 (761) – Makler-Privatangebot.

²⁷¹ BGH vom 12. Februar 1998, GRUR 1998, 696 – Rolex-Uhr mit Diamanten.

²⁷² BGH vom 22. November 2001, GRUR 2002, 622 (624) – shell.de; BGH vom 17. Mai 2001, GRUR 2001, 1038 (1041) – ambiente.de.

²⁷³ Zu den sonstigen Ausnahmen vgl. Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 49 bis 62.

nehmen. So hat das LG Mannheim 1999 die Entdeckung von je 23 gefälschten Markenbekleidungsstücken bei vier Personen im Privatwagen als gegen einen angeblich nur vorgesehenen Privatgebrauch oder private Geschenke sprechenden Umstand gewürdigt.²⁷⁴

Gerade bei der Nutzung von Kennzeichnungen im Internet bereitet die rechtliche Einordnung aber oft noch Schwierigkeiten, eine stringente Rechtsprechungspraxis muss sich erst noch herauskristallisieren. So stellt nach einer Entscheidung des LG Hamburg vom 1. März 2000 die Benutzung einer fremden Marke als Domain-Name bereits dann keine erlaubte Privatnutzung dar, wenn die Domain Werbebanner oder Links zu geschäftlichen Angeboten beinhaltet.²⁷⁵ Demgegenüber ist das LG München der Auffassung, eine rein private Nutzung liege dann vor, wenn die Werbebanner lediglich dazu dienen, die für die Domain anfallenden Gebühren zu bezahlen.²⁷⁶ Fraglich ist, ob diese Auslegungsgrundsätze auf das Strafrecht übertragen werden können. Nach Ingerl/Rohnke ist der Begriff des „geschäftlichen Verkehrs“ innerhalb des Markenrechts einheitlich zu verstehen.²⁷⁷ Auch Hacker geht in seinem Kommentar davon aus, dass der Begriff in § 143 dieselbe Bedeutung wie in den §§ 14 und 15 hat.²⁷⁸ Er beruft sich dabei auf eine Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts München vom 29. Januar 2002.²⁷⁹ Dabei wandte der Senat bei der Beurteilung des Merkmals des geschäftlichen Verkehrs dessen zivilrechtliche Definition an. Im zu beurteilenden Fall genügte die Ausstattung der aktiven Spieler eines Vereins mit markenverletzenden Trainingsanzügen zur Motivationssteigerung nicht zu einer Verurteilung nach § 143. Der Senat führte dazu – entsprechend der Auffassung, wonach Vereinstätigkeit mit ideeller Zielsetzung dem privaten Bereich zuzuordnen ist – aus, dass die bloße These, dass auch ein kleiner Sportverein am wirtschaftlichen Geschäftsleben teilnimmt, dahinstehen kann. Denn sie vermag

„die für die Annahme eines Verstoßes gegen § 143 Abs.1 in jedem Einzelfall erforderliche Feststellung nicht zu ersetzen, dass ein Zeichen auf eine bestimmte Art und Weise im geschäftlichen Verkehr benutzt wurde.“

²⁷⁴ LG Mannheim vom 12. Februar 1999, WRP 1999, 1057 – JOOP!.

²⁷⁵ LG Hamburg, Beschluss v. 1. März 2000, 315 O 219/99 – Lucky-strike.de.

²⁷⁶ LG München vom 8. März 2001, CR 2001. 555 – saeugling.de; zur Unterhaltung einer privaten Homepage mit Links auf gewerbliche Angebote Dritter vgl. OLG Schleswig vom 19. Dezember 2000, CR 2001, 465 (466) – Swabedoo, welches ebenfalls eine Privatnutzung annimmt. Der Domaininhaber habe sich die geschäftlichen Zwecke der verlinkten Unternehmen nicht zu Eigen gemacht und damit nicht gefördert.

²⁷⁷ Ingerl/Rohke, MarkenG, § 14 RN 45.

²⁷⁸ Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 143 RN 23.

²⁷⁹ BayObLG vom 29. Januar 2002, WRP 2002, 562 – Trainingsanzüge.

Ekey hält diese Entscheidung für „nicht unbedenklich“, da der geschäftliche Verkehr jede Tätigkeit umfasst, die auf eine Teilnahme am wirtschaftlichen Leben ausgerichtet ist, sei es in der Förderung eigener oder aber fremder Geschäftszwecke. Dabei reiche es aus, dass das Handeln einen wirtschaftlichen Zweck im weiteren Sinne verfolgt.²⁸⁰

Der Ansicht des BayObLG ist dennoch zuzustimmen. Zwar ist die Tätigkeit von professionellen „Vereinen“ wie den Bundesligafußballklubs – die teilweise sogar als AG börsennotiert sind – sicherlich kommerzieller Natur. Gleichwohl ist das Handeln eines lokalen Sportvereins, auch wenn dabei im Einzelfall nicht unerhebliche Summen bewegt werden, stets der ideellen, sozialen bzw. sportlichen Betätigung zuzuordnen. Ein bestimmter Geschäftszweck wird gerade nicht verfolgt.

Auch die bei Gewerbetreibenden im Zivilrecht anzunehmende Vermutung des Handelns im geschäftlichen Verkehr genügt im Strafrecht nicht. So gibt es im Strafprozess auch keinen Beweis des ersten Anscheins, der nicht auf Gewissheit, sondern auf der Wahrscheinlichkeit eines Geschehensablaufs beruht.²⁸¹ Das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals muss vielmehr vom Strafrichter positiv festgestellt werden.²⁸² Alles andere wäre ein Verstoß gegen den Grundsatz des „in dubio pro reo“.

Schließlich ist die im Zivilrecht vorgenommene Auslegung des bloßen Ausschlusses rein privater Handlungen im Strafrecht als zu weitgehend abzulehnen. Ausgehend vom bindenden Wortlaut des „geschäftlichen“ Verkehrs ist bspw. die bloße Verlinkung einer privaten Homepage mit kommerziellen Angeboten in strafrechtlicher Hinsicht nicht als Kennzeichenverletzung im geschäftlichen Verkehr anzusehen, wenn dies nur zur Verminderung der Hosting-Kosten der eigenen Domain durch die Schaltung von Werbung erfolgt. Die Ausweitung der Strafbarkeit auf diese Fälle ist mit dem Gebot der Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit nicht zu vereinbaren, sie überschreitet die Grenze zur unzulässigen Analogie. Der potentielle Täter rechnet eine solche Markenbenutzung ersichtlich dem privaten Bereich zu, da für ihn „geschäftlich“ (laut Duden: die Geschäfte betreffend, nicht privat) stets im Sinne von „beruflich“, also zur Einkommenserzielung verstanden wird. In Fällen, in denen dies nicht eindeutig vorliegt, scheidet eine Strafbarkeit aus. Hinzu kommt, dass wie dargestellt von einer gefestigten Rechtsprechung im Bereich der Kennzeichenbenutzung im Internet nicht gesprochen werden kann.

²⁸⁰ Ekey/Klippel, MarkenR, § 143 RN 7.

²⁸¹ BGH 1 StR 269/02 - Urteil vom 26. Juni 2003, HRRS 9/2003, S. 179; im Internet unter <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/> abrufbar (zuletzt besucht am 15. September 2004).

²⁸² Manchmal bereitet dies in praktischer Hinsicht Probleme, da sich die Beschuldigten bei den Ermittlungen oft auf Privatnutzung berufen. Vgl. dazu 5. Kapitel D. III. 4. j) (Frage 10).

Im Ergebnis ist aufgrund des im Strafrecht geltenden ultima ratio-Grundsatzes das Tatbestandsmerkmal „im geschäftlichen Verkehr“ in diesen Zweifelsfällen restriktiv auszulegen. Davon abgesehen ist der Begriff jedoch durch die breite Verwendung im gesamten Kennzeichen- und Wettbewerbsrecht, die langjährige Entscheidungspraxis der Obergerichte sowie die detaillierten und nicht wesentlich voneinander abweichenden Stellungnahmen der Literatur klar umrissen und genügt den an das strafrechtliche Normen zu stellenden Anforderungen.

IV. Rechtsverletzende Benutzung von Kennzeichen

1. Allgemeines

Weitere in allen Varianten der §§ 143 bis 145 vorkommende und daher ebenfalls voranzustellende Tatbestandsvoraussetzung ist die

„Benutzung“

des Zeichens durch den Verletzer. Der Begriff der Benutzung für Waren oder Dienstleistungen bezeichnet die Verletzungshandlung der Handlungsform nach.²⁸³ Er ist für alle Verletzungsformen gleich auszulegen und wird als zentrales Merkmal des Verletzungstatbestandes angesehen.²⁸⁴ Einige typische Benutzungsformen werden vom Gesetz in den §§ 14 Abs. 3 und 4 aufgezählt, sie werden unten 3. dargestellt. Daneben gibt es zahlreiche Verwendungen einer Kennzeichnung, deren rechtliche Einordnung als „Benutzung“ umstritten ist. Diese Feststellung entscheidet jedoch über die Reichweite des Markenschutzes und insofern auch über eine mögliche Bestrafung.

Traditionell lag eine Markenverletzung immer nur dann vor, wenn das angegriffene Zeichen „als Marke“, d.h. kennzeichenmäßig benutzt wurde. Aufgrund der als vorrangig angesehenen und besonders zu schützenden Herkunftsfunktion kam eine Markenverletzung nur in Betracht, wenn ein nicht unerheblicher Teil des Verkehrs annahm, dass das verwendete Zeichen als Hinweis auf die betriebliche Herkunft des gekennzeichneten Produkts diene.²⁸⁵ Auch für § 16 UWG wurde allgemein gefordert, dass der verletzende Zeichengebrauch kennzeichnungsmäßig, d.h. namens-, firmen- oder warenzeichenmäßig erfolgen musste.²⁸⁶ Diese

²⁸³ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 63.

²⁸⁴ Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 14 RN 39.

²⁸⁵ Fezer, MarkenR, § 14 RN 21 ff., mit Nachweisen zur Rechtsprechung.

²⁸⁶ BGH vom 12. Juli 1995, GRUR 1995, 825 (827) – TORRES; vom 11. Oktober 1990, GRUR 1991, 155 (156) – Rialto; vom 2. April 1971, GRUR 1971, 517(519) – SWOPS; weitere Nachweise in

Voraussetzungen wurden jedoch großzügig bejaht und bei der Anbringung eines fremden Kennzeichens auf eigenen Waren sogar vermutet.²⁸⁷

Im neuen Markenrecht wird der Begriff der Benutzung durch die MRRL gemeinschaftsrechtlich vorgegeben, so dass ein Rückgriff auf die Rechtsprechung zum zeichenmäßigen Gebrauch nicht mehr in Frage kommt. Vielmehr ist eine richtlinienkonforme Auslegung vorzunehmen.²⁸⁸ Ungeachtet dessen ist nach wie vor umstritten, ob die Verletzungstatbestände der §§ 14 und 15 noch eine kennzeichenmäßige Benutzung erfordern.²⁸⁹ Ein Großteil der Literatur und Rechtsprechung fordert weiterhin kennzeichenmäßige Benutzungshandlungen. Dabei wird auf die Entstehungsgeschichte, die Systematik und den Zweck des Markenrechts sowie auf Art. 5 Abs. 5 der MRRL²⁹⁰ verwiesen, die sich nur auf eine zeichenmäßige Benutzung beziehen.²⁹¹ Zudem stehe nach wie vor die Herkunftsfunktion klar im Vordergrund.²⁹² Auch die Instanzengerichte haben bislang überwiegend an dem Erfordernis des markenmäßigen Gebrauchs als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal festgehalten.²⁹³

Die Gegenmeinung lehnt eine solche Beschränkung ab, da nicht nur die markenmäßige, sondern jede Benutzung eines kollidierenden Zeichens eine Markenverletzung darstellt.²⁹⁴ Dabei wird auf die amtliche Begründung²⁹⁵ zum MarkenG sowie ebenfalls auf die Art. 5 und 6 der MRRL verwiesen, die keine solchen Einschränkungen vorsehen. Aus einer gemeinschaftsrechtlichen Betrachtungsweise ergäbe sich, dass sich das Recht aus der Marke gegen die Benutzung des Zeichens im geschäftlichen Verkehr richtet. Die wenigen Beschränkungen der Marke

Goldmann, Der Schutz der Unternehmenskennzeichen, § 15 RN 5 (S. 265).

²⁸⁷ BGH vom 5. März 1998, GRUR 1998, 830 (834) – Les-Paul-Gitarren.

²⁸⁸ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 64

²⁸⁹ Nachweise zum Meinungsstand bspw. bei Fezer, MarkenR, § 14 RN 30; Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 14 RN 44 bis 59.

²⁹⁰ Diese Bestimmung – abgestimmt auf die Benelux Staaten – gewährt das Recht, nicht-markenmäßige Benutzungen nur bei Vorliegen von besonderen Umständen, bspw. die Eignung zur Schadenszufügung gegenüber dem Markeninhaber, als Markenverletzung anzusehen.

²⁹¹ So z.B. Sack, Der Sonderschutz bekannter Marken, GRUR 1995, 94.

²⁹² Piper, Der Schutz bekannter Marken, GRUR 1996, 434.

²⁹³ OLG Hamburg, WRP 1996, 572 (576) – LES PAUL GITARREN; GRUR 1996, 982 (983) – Für Kinder; WRP 1997, 106 (108) – Gucci; OLG München, Mitt. 1996, 174 – FAT Tyre; KG GRUR 1997, 295 – Alles wird teurer; OLG Dresden, NJW 2001, 615 – Johann Sebastian Bach; weitere Nachweise etwa bei Hacker, Die Benutzung der Marke „als Marke“, GRUR Int. 2002, 502 (503).

²⁹⁴ Fezer, Rechtsverletzende Benutzung einer Marke als Handeln im geschäftlichen Verkehr, GRUR 1996, 566; Nägele, Die rechtverletzende Benutzung im Markenrecht, S. 56, 81, 97, 134, 1377 und 186.

²⁹⁵ Begründung zum MarkenG, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, A. III. 5., 6. Spiegelstrich (S. 50). Dort heißt es „Die Benutzung ist ohne Begrenzung auf bestimmte Benutzungsformen unzulässig“.

seien unmittelbar anschließend normiert. Gegenstand der Regelung sei allein die Benutzung im geschäftlichen Verkehr, vgl. Art. 6 Abs. 1 der MRRL, Art. 12 GMVO. Mit diesem Regelungszusammenhang sei es unvereinbar, wenn die Rechte aus der Marke auf den zeichenmäßigen Gebrauch eingeengt würden.²⁹⁶ Schließlich lasse der Wortlaut des § 14 keinen Raum für eine derart einschränkende Interpretation. Der notwendige Interessenausgleich lässt sich nach dieser Ansicht über die Schutzschranken des § 23 verwirklichen.²⁹⁷

Auch die erste Entscheidung des EuGH im Fall „BMW/Deenik“²⁹⁸ ergab noch keine Klarheit, da beide Meinungsgruppen sich durch dieses Urteil in ihrer Rechtsauffassung bestätigt sahen.²⁹⁹ Der EuGH hatte zwar nicht jede Benutzung eines Zeichens im geschäftlichen Verkehr als Markenbenutzung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 MRRL angesehen, jedoch vor allem auf die Unterscheidungsfunktion der Marke abgestellt. Insofern hat das OLG Düsseldorf im Verfahren „Spirit Sun“ die Streitfrage nochmals vorgelegt. Der EuGH hat dazu festgestellt, dass der Markeninhaber sich nicht auf sein Ausschließlichkeitsrecht berufen kann, wenn ausgeschlossen ist, dass die benutzte Marke im Verkehr als Herkunftskennzeichen aufgefasst wird.³⁰⁰ Endgültige Klarheit wurde durch das Urteil in der Rechtssache „Arsenal Football Club“ geschaffen. Danach ist der Identitätsschutz auf Fälle zu beschränken, in denen die Benutzung des Zeichens die Hauptfunktion der Marke – die Herkunftsfunktion – gegenüber den Verbrauchern beeinträchtigt oder dies könne.³⁰¹ Diese Herkunftsgarantie wird bereits beeinträchtigt, wenn die Benutzung den Eindruck aufkommen lässt, dass eine Verbindung zwischen den betroffenen Waren und dem Markeninhaber besteht.³⁰²

Diese Rechtsprechung haben die Gerichte in Deutschland aufgenommen und fordern nunmehr ebenfalls das Vorliegen eines Herkunftshinweises. So hat der BGH – der diese Frage in der Vergangenheit offen gelassen hatte – sich mittlerweile geäußert und hat in drei Entscheidungen vom Dezember 2001 gefordert, dass die Benutzung eines Zeichens i.S.d. § 14 Abs. 2 Nr. 2 der Unterscheidung der Waren/Dienstleistungen eines Unternehmens von denen anderer dienen muss.³⁰³

²⁹⁶ Eichmann, Der Schutz von bekannten Kennzeichen, GRUR 1998, 201 (203).

²⁹⁷ Starck, Markenmäßiger Gebrauch – Besondere Voraussetzung für die Annahme einer Markenverletzung, GRUR 1996, 688 (691).

²⁹⁸ EuGH vom 23. Februar 1999, C-63/97, GRUR Int. 1999, 438 – BMW/Deenik, RN 38 ff.

²⁹⁹ Hacker, Die Benutzung der Marke „als Marke“, GRUR Int. 2002, 502 (504).

³⁰⁰ EuGH vom 14. Mai 2002, C-2/00 – Hölterhoff, RN 17; GRUR 2002, 692 (693).

³⁰¹ EuGH vom 12. November 2002, C-206/01, RN 51 – Arsenal Football Club plc; WRP 2002, 1415 (1419).

³⁰² EuGH, aaO – Arsenal Football Club, RN 56.

³⁰³ BGH vom 6. Dezember 2001, GRUR 2002, 814 – Festspielhaus; vom 20. Dezember 2001, GRUR 2002, 809 – Frühstücks-Drink I; und ebenfalls vom 20. Dezember 2001, GRUR 2002, 813 – Frühstücks-

Nach Auffassung des BGH kann eine solche Benutzung als Unterscheidungsmit-
tel nicht angenommen werden, wenn es sich bei der Bezeichnung um eine be-
schreibende Angabe³⁰⁴ oder um schmückendes Beiwerk oder Zierrat handelt.³⁰⁵
Die Instanzgerichte sind dieser Auslegung gefolgt.³⁰⁶

Im Ergebnis vertritt die deutsche Judikatur damit nunmehr einen Benutzungsbeg-
riff, der zwar weiter ist als der herkunftskennzeichnende Gebrauch des WZG, a-
ber dennoch wieder einen markenmäßigen Gebrauch des Zeichens durch den Ver-
letzer fordert.³⁰⁷ Auch die Bundesregierung hat in ihrer Begründung zum Ent-
wurf eines Gesetzes zur vergleichenden Werbung³⁰⁸ nochmals ausdrücklich aus-
geführt, dass die Regelungen des Markengesetzes nur den kennzeichenmäßigen
Gebrauch von Marken erfassen.

2. *Auswirkungen des Meinungsstreits auf die Strafbarkeit von Kennzeichenverletzungen*

Auch für die strafrechtliche Anwendung des Tatbestandsmerkmals der „Benut-
zung“ stellt sich angesichts der zivilrechtlichen Diskussion die Frage, ob eine
nicht kennzeichenmäßige Benutzung einer Kennzeichnung als ausreichend für
die Erfüllung der Tatbestände der §§ 143 ff. angesehen werden kann. Zwar soll
die Reichweite der strafbaren Handlungen nach der gesetzlichen Begründung den
zivilrechtlichen Tatbeständen entsprechen. Die einzelnen beispielhaften Benut-
zungshandlungen des § 14 Abs. 3 sind daher nicht als Tatbestandsmerkmale auf-
genommen worden.³⁰⁹ Auch ist aus dem Wortlaut der Tatbestände grundsätzlich
keine Beschränkung auf eine kennzeichenmäßige Benutzung ersichtlich. Jedoch
gilt aber auch hier das Bestimmtheitsgebot des § 1 StGB, Art. 103 Abs. 2 GG,
wonach das Risiko der Bestrafung für den Täter erkennbar sein muss.

Insofern wurde von einigen Autoren im Rahmen der Lösung des bislang höchst-
richterlich nicht entschiedenen Konflikts auf strafrechtlicher Ebene eine restrikti-
ve Auslegung des Tatbestandsmerkmals der „Benutzung“ vorgeschlagen. Im Ein-
klang mit der ganz überwiegenden Auffassung der zivilrechtlichen Rechtspre-
chung und Teilen der Literatur wurde auch für das Strafrecht weiterhin ein kenn-
zeichnender Gebrauch des verletzenden Zeichens gefordert. Das im Rahmen der
Auslegung zivilrechtlicher Vorschriften zum Teil anzutreffende weite Verständnis

Drink II.

³⁰⁴ BGH aaO – Frühstücks-Drink II.

³⁰⁵ BGH vom 5. April 2001, GRUR 2002, 171 (173) – Marlboro Dach.

³⁰⁶ Nachweise bei Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 79.

³⁰⁷ BGH vom 5. Dezember 2002 – Abschlussstück, GRUR 2002, 332.

³⁰⁸ Vom 20. März 2000, BT-Ds 14/2959, abgedruckt in WRP 2000, 555.

³⁰⁹ Amtliche Begründung zum neuen MarkenG, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, S. 119.

werde den an Strafnormen und ihre Auslegung anzulegenden Anforderungen nicht gerecht.³¹⁰

Dieser Auffassung ist uneingeschränkt zu folgen. Im Lichte der dargestellten Entwicklung der europäischen und deutschen Rechtsprechung stellt sich auch und erst recht in strafrechtlicher Hinsicht die Frage, ob für eine Bestrafung eine kennzeichenmäßige Benutzung vorliegen muss oder nicht, nicht mehr. Der Ausschluss der Fälle nicht kennzeichenmäßiger Benutzung lässt sich zudem verfassungsrechtlich dadurch rechtfertigen, dass eine einheitliche Rechtsprechungspraxis für diese Fallgestaltungen nicht ersichtlich ist. Der Gehalt der Norm hat sich nicht im Lichte einheitlicher und langjähriger Rechtsprechung breit entfaltet, so dass es von Zufälligkeiten wie der Rechtsauffassung des jeweiligen Richters abhängig wäre, ob in entsprechenden Fällen eine Bestrafung erfolgen müsste oder nicht. Den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots genügt die bestehende Kasuistik nicht. Rechtsicherheit schafft nur der teleologische Rückzug auf das Erfordernis der kennzeichnenden Benutzung.

Im Rahmen des § 143 ist somit vom Strafrichter zu prüfen, ob das vom Täter benutzte Zeichen im Verkehr als unterscheidender Hinweis auf die betriebliche Herkunft der gekennzeichneten Ware dient. Eine Strafbarkeit scheidet immer dann aus, wenn der Täter einer Markenverletzung das Zeichen nicht als Herkunftshinweis verwendet hat. Insofern kommt eine Strafbarkeit im Falle des beschreibenden Zeichengebrauchs nach § 23 Nr. 2 als Hauptanwendungsfall eines nicht markenmäßigen Gebrauchs nicht in Frage.³¹¹

Ohnehin kann die Streitfrage in den meisten Fällen offen bleiben, nämlich immer dann, wenn eine traditionell anerkannte kennzeichenmäßige Benutzung vorliegt. In diesen Fällen liegt eine Benutzung nach dem MarkenG vor, da der Begriff allenfalls weiter, aber nicht enger als im WZG zu verstehen ist.³¹² Bestimmtheitsprobleme ergeben sich in diesen Fällen nicht, die Reichweite der tradierten Fallgruppen der kennzeichenmäßigen Benutzung, so etwa die Verwendung eines Zeichens gleichzeitig als geschäftliche Bezeichnung, die Marken Anmeldung und – eintragung, der ornamentale Zeichengebrauch, die Anbringung auf Replikas und die Markenparodie ist im Wesentlichen geklärt. Lediglich in Zweifelsfällen ist hier eine verfassungskonforme Auslegung nötig, ohne dass die Ausgestaltung des Tatbestands selbst in Frage zu stellen ist.

Insofern sind für die verbleibenden Fälle auch im Strafverfahren die allgemeinen Grenzen der Benutzung zu beachten. Zu erwähnen ist hier noch die bloße Markennennung, also die Benennung fremder Originalprodukte mit dem Original-

³¹⁰ Harte-Bavendamm-Holler, Handbuch der Markenpiraterie, § 5 Abschnitt 4, B., II. 1. RN 147 (S. 136).

³¹¹ Zur Abgrenzung von beschreibendem und markenmäßigem Gebrauch Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 14 RN 68 bis 74.

³¹² Allg. M., Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 56.

kennzeichnen. Das Zeichen wird in diesen Fällen zwar markenmäßig verwendet, jedoch offen als Kennzeichen eines Dritten. Eine rechtsverletzende Benutzung liegt nach richtiger Ansicht nicht vor.³¹³ Dem ist für die strafrechtliche Betrachtung zu folgen, da die Verwendung des Zeichens nicht als Hinweis auf die Herkunft aus dem eigenen Angebot des Verwendenden erfolgt. Dies steht im Einklang mit der amtl. Begründung des Markengesetzes und der Begründung zum Entwurf eines Gesetzes über vergleichende Werbung, wonach der Gebrauch einer fremden Marke in der vergleichenden Werbung nicht unter § 14 Abs. 2 fällt, weil er nicht für eigene Waren oder Dienstleistungen des Verletzers erfolgt.³¹⁴ Insofern ist auch hier eine teleologisch restriktive Auslegung des Begriffs der „Benutzung“ vorzunehmen und eine Benutzung „für eigene Waren/Dienstleistungen“ zu fordern. Eine andere Auslegung würde von der Vorstellung des potentiellen Täters vom Wortlaut der „widerrechtlichen Benutzung eines Zeichens entgegen § 14 Abs. 2 ...“, im Rahmen des § 143 signifikant abweichen. Eine Verletzung der Herkunftsfunktion des verwendeten Zeichens liegt nämlich in diesen Fällen gerade nicht vor.

3. *Typische Benutzungshandlungen*

Verschiedene typische Benutzungsformen sind in § 14 Abs. 3 – nicht abschließend³¹⁵ – aufgezählt, nämlich

- die Anbringung des Zeichens auf der Ware oder ihrer Verpackung (§ 14 Abs. 3 Nr.1),
- das Anbieten, Inverkehrbringen oder der Besitz der gekennzeichneten Ware (Nr. 2) zu einem dieser Zwecke,
- das Anbieten und Erbringen von Dienstleistungen unter dem Zeichen (Nr. 3),
- die Einfuhr und Ausfuhr von gekennzeichneten Waren unter dem Zeichen (Nr. 4), sowie
- die Benutzung des Zeichens in der Werbung oder in Geschäftspapieren (Nr. 5).

Hinzu kommen verschiedene Formen der mittelbaren Markenverletzung, so die Anbringung der Marke auf Verpackungen oder Kennzeichnungsmitteln, die in § 14 Abs. 4 als Benutzungsbeispiele aufgeführt werden. Diese explizit durch § 143

³¹³ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 144 ff., der auch den Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH hervorhebt, RN 86.

³¹⁴ Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 14 RN 123.

³¹⁵ Anders noch im WZG, wo die ausschließlichen Benutzungsrechte (Kennzeichnungsrecht, Erstvertriebsrecht und Ankündigungsrecht) des Zeicheninhabers in den §§ 15, 24 WZG abschließend normiert waren.

Abs. 1 Nr. 3 in die Strafbarkeit einbezogenen speziellen Vorbereitungshandlungen werden unten B. I. 1. d) ausführlich erläutert. Dagegen wird auf § 14 Abs. 3 in § 143 Abs. 1 nicht Bezug genommen, weil darin keine Ausweitung des Straftatbestands enthalten ist.³¹⁶

In den meisten strafrechtlich verfolgten Fällen bereitet die Feststellung der rechtsverletzenden Benutzung keine Probleme, es wird sich meist ein Anbieten /Inverkehrbringen der fälschlich gekennzeichneten Ware oder zumindest eine Anbringung des nachgeahmten Zeichens auf der Ware oder ihrer Verpackung nachweisen lassen. Auch unter Bestimmtheitsgrundsätzen wird die Auslegung der nicht nur im Markenrecht, sondern auch im normalen Sprachgebrauch bekannten Merkmale der Nutzungsbeispiele wie das „Anbieten“ als „jemanden etw. zur Verfügung stellen und seine Bereitschaft dazu erklären“³¹⁷ keine Probleme bereiten. Unerheblich ist insbesondere, ob es sich dabei um eine endgültige (Kauf, Schenkung) oder befristete (Vermietung, Leasing) Überlassung handelt.³¹⁸ Es reicht die Absicht zur Überlassung und objektiv das äußerlich erkennbare Zugänglichmachen aus. Gleiches gilt für das „Inverkehrbringen“ als ein Einbringen der Waren in den geschäftlichen Verkehr. Zu beachten ist lediglich, dass es nicht nur auf die äußere Form der Benutzung ankommt, sondern jede wahrnehmbare Wiedergabe des Zeichens eine Benutzung darstellen kann.³¹⁹

Schließlich muss bei der Ein- oder Ausfuhr von Waren beachtet werden, dass diese nach dem Wortlaut des § 14 Abs. 3 Nr. 4 „unter dem Zeichen“ geschehen muss. Dies soll nicht mehr zu bejahen sein, wenn das Zeichen mit der gekennzeichneten Ware bei der Einfuhr versteckt gehalten wird, also ein „Einschmuggeln“ vorliegt. In diesen Fällen kommt es gerade nicht zu einer Benutzung des Zeichens mit dem Ziel der unterscheidenden Kennzeichnung der Ware. Eine andere Auslegung verstößt nach richtiger Ansicht des OLG Stuttgart gegen Art. 103 Abs. 2 GG, da nicht mehr vom Wortsinn gedeckt.³²⁰

Mit dieser Erfassung einer Vielzahl von Handlungsformen wurden Forderungen der Wirtschaft nach einer Ausweitung der Verletzungshandlungen – und somit auch der Strafbarkeit – erfüllt. Denn die herkömmlichen Tatbestände sanktionierten bspw. nicht den bloßen Besitz oder das Gewahrsam an schutzrechtsverletzender Ware. Dies führte oftmals zu Problemen, wenn bei Durchsuchungen auf Piratenware gestoßen wurde. Da den Tätern oftmals kein Herstellen oder Anbieten der gefälschten Produkte nachzuweisen war, musste die sichergestellte Ware zu-

³¹⁶ OLG Stuttgart vom 26. Oktober 1998, wistra 1999, 152 (153), m.w.N.

³¹⁷ Duden, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache in 10 Bänden.

³¹⁸ Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 14 RN 90.

³¹⁹ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 206, zu § 14 Abs. 3 Nr. 5.

³²⁰ OLG Stuttgart vom 26. Oktober 1998, wistra 1999, 152 (153).

rückgegeben werden.³²¹ Auch die Herstellung von Kennzeichnungsmitteln – jetzt strafbar nach §§ 143 Abs. 1 Nr. 3, 14 Abs. 4 – konnte nicht bestraft werden. Schließlich war es möglich, Waren im schutzrechtsfreien Ausland herzustellen und im Inland zu vertreiben, ohne dass der Straftatbestand des § 25d WZG eingriff.³²²

Diese Lücke wurde durch das neue Markengesetz geschlossen. In Umsetzung der MRRL wurde deren Art. 5 Abs. 3 b) einbezogen, die den gewerblichen Besitz als Verletzungshandlung bestimmt. Die Gefahr von tatsächlich eintretenden Kollisionen habe sich bereits mit dem Besitz in der Weise verdichtet, dass die Annahme einer Markenverletzung zum Schutz des Inhabers erforderlich erscheint.³²³ Der Markenschutz wurde somit gegenüber dem WZG vorverlagert.³²⁴ Nunmehr kann nach 14 Abs. 3 Nr. 2 bereits der Besitz (im Sinne der tatsächlichen Sachherrschaft) der mit dem verletzenden Kennzeichen markierten Ware eine rechtverletzende Benutzung sein.³²⁵ Ausweislich des Wortlauts der Vorschrift ist Voraussetzung einer Strafbarkeit jedoch zusätzlich, dass der Besitz zum Zwecke des „Inverkehrbringens“ oder des Anbietens stattfindet, sog. qualifizierter Besitz. Maßgeblich sind dabei die eigenen Verwendungsabsichten des Besitzers. Sofern diese Absicht nachgewiesen werden kann, sind alle an der Vertriebskette der verletzenden Waren beteiligten Personen als Besitzer anzusehen.³²⁶

Dagegen wird der bloße – auch qualifizierte – Besitz von Geschäftspapieren oder Werbemitteln, auf denen das verletzende Zeichen angebracht ist, von § 14 Abs. 3 Nr. 2 3. Alt. nicht erfasst. Aufgrund des insoweit eindeutigen Wortlauts „Waren zu besitzen“ liegt keine strafrechtlich relevante Verletzungshandlung vor.

Eine Strafbarkeit kommt dann nur nach §§ 143 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. 14 Abs. 3 Nr. 5 in Betracht. Danach muss die Benutzung des Zeichens durch den Täter auf Geschäftspapieren oder in der Werbung erfolgen. Dies liegt unproblematisch in den Fällen vor, in denen das Zeichen auf Geschäftsbriefen, Rechnungen, Preislisten, Empfehlungen etc., die nicht nur innerbetrieblichen Zwecken dienen, verwendet wird. Während im Zivilrecht der Begriff der Geschäftspapiere jedoch weit ausulegen sein soll³²⁷, muss im Strafrecht stets eine am Wortsinn orientierte restriktivere Auslegung vorgenommen werden. Insofern könnte bspw. die Anbringung ei-

³²¹ Cremer, Die Bekämpfung der Produktpiraterie in der Praxis, Mitt. 1992, 153 (154).

³²² Braun, Produktpiraterie, Kapitel 2, III. A. 7. a) (S. 158).

³²³ Starck, Markenmäßiger Gebrauch, GRUR 1996, 688 (692).

³²⁴ Begründung zum Gesetzesentwurf, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, S. 69.

³²⁵ Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 14, RN 94, vgl. OLG Stuttgart vom 26. Oktober 1998, wistra 1999, 152 (153 f.)

³²⁶ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 194.

³²⁷ Ekey/Klippel, MarkenG, § 14 RN 159; der in §§ 15, 25 WZG verwendete Begriff der „Geschäfts**u**riefe“ ist dagegen enger und kann für die Auslegung nicht herangezogen werden.

nes Zeichens auf einer Speisekarte in strafrechtlicher Hinsicht problematisch erscheinen. Zweck der Speisekarte ist es aber, die Aufmerksamkeit der Besucher des Restaurants auf die angebotenen Waren zu lenken.³²⁸ Es besteht somit kein Unterschied zu einer Preisliste oder einer sonstigen Preisauszeichnung und auch der Wortlaut lässt eine Einordnung als Geschäftspapier im Sinne einer schriftlichen geschäftsbezogenen Unterlage noch zu.

Im Gegensatz zu diesen allenfalls in Randbereichen problematischen und durch verfassungskonforme Auslegung des jeweiligen Tatbestandsmerkmals zu lösenden Fällen bereitet jedoch die Einordnung des qualifizierten Besitzes von Geschäftspapieren Schwierigkeiten. Aus dem Begriff der Benutzung „in der Werbung“ ergibt sich zunächst, dass ein betriebsinternes Anbringen des Zeichens oder der bloße Besitz, selbst wenn er zum Zweck des Inverkehrbringens erfolgt, noch nicht als Verletzungshandlung anzusehen ist. Ingerl will diese Vorbereitungshandlungen zur eigentlichen Werbehandlung durch eine analoge Anwendung des § 14 Abs. 3 Nr. 2, 3. Alt. lösen, da der Markeninhaber nicht weniger Schutz verdient als bzgl. der Kennzeichnung der Ware oder der Verpackung.³²⁹ Für das Strafrecht scheidet diese Analogie jedoch aus. Eine Benutzung „in der Werbung“ liegt immer erst beim Verlassen des unternehmensinternen Bereichs vor, wobei dazu natürlich die Auslage im Schaufenster oder die Anbringung an Fahrzeugen genügt.³³⁰ Der bloße Besitz kennzeichenverletzender Werbemittel kann daher nicht strafrechtlich sanktioniert werden. Es ist Sache des Gesetzgebers, die – wengleich praktisch unbedeutende – Lücke der Strafbarkeit zu schließen.

4. „Benutzung“ im Internet

Besondere Aktualität gewinnt die Diskussion der rechtsverletzenden Benutzung von Marken bei der Verwendung im Internet. Hier gilt es zunächst festzuhalten, dass es kein eigenes „Internet-Kennzeichenrecht“ gibt, sondern grundsätzlich die allgemeinen Regeln zur rechtsverletzenden Benutzung anwendbar sind.³³¹ Die wichtigsten Fallgruppen sind dabei die bloße Registrierung eines Domainnamens (ohne Freischaltung von Inhalten) oder auch die Weiterleitung einer Domain ohne Inhalt auf die eigene Homepage. Während erstere Alternative keinen kennzeichenmäßigen Gebrauch darstellen soll³³², ist bei der Verlinkung streitig, ob diese eine Benutzung darstellt. Denn hier handelt es sich nicht um eine unbenutzte

³²⁸ RG vom 8. Januar 1938, GRUR 1938, 348 (339).

³²⁹ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 204.

³³⁰ So auch Fezer, MarkenR, § 14 RN 486.

³³¹ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 115.

³³² OLG München vom 12. Oktober 2000, MarkenR 2000, 428 - TEAMBUS; OLG Karlsruhe vom 12. September 2001, GRUR-RR 2002, 138 (139) - dino.de.

Domain, die Benutzungshandlung liegt vielmehr in der Umleitung des Verkehrs auf eine andere Domain.³³³ Das OLG München hat gleichwohl eine Benutzung abgelehnt, sofern die Einstiegsdomain rein gattungsbeschreibend ist.³³⁴ Dem ist für die strafrechtliche Bewertung zu folgen, insofern scheidet eine Strafbarkeit entsprechenden Verhaltens aus. Bei einer aktiven Homepage oder aber der Verlinkung einer unterscheidungskräftigen Domain liegt dagegen – für den möglichen Täter ersichtlich und gerade beabsichtigt – eine herkunftshinweisende Benutzung für Waren und Dienstleistungen nach den allgemeinen Regeln vor, eine Bestrafung bleibt grundsätzlich möglich.

Des Weiteren wurde auch die Verwendung fremder Kennzeichen als sog. Metatags im Html-Code einer Homepage bislang in der Regel als kennzeichenmäßig angesehen.³³⁵ Nach neuester Rechtsprechung wird dies jedoch teilweise wieder bezweifelt. Gemäß einem umstrittenen Urteil des OLG Düsseldorf vom 17. Februar 2004³³⁶ stellt die Verwendung fremder Marken und Unternehmenskennzeichen in HTML-Metatags keinen Verstoß gegen Marken- und Wettbewerbsrecht dar. Nach Auffassung des Senats werden mit den Metatags „nicht das die Metatags verwendende Unternehmen selbst oder seine Waren oder Dienstleistungen gekennzeichnet“, sondern es soll lediglich dafür gesorgt werden, dass seine entsprechende Seite ebenfalls aufgerufen wird. Die Nutzung von Kennzeichen sei daher nur eine erlaubte Kennzeichennennung, nicht aber eine Kennzeichennutzung. Auch das OLG Köln hält es für sehr zweifelhaft, ob überhaupt markenrechtliche Ansprüche gegen die unsichtbare Verwendung derartiger Programmierungen in Quelldateien bestehen können.³³⁷ Das OLG München hat trotz dieser Entscheidungen am Vorliegen einer Rechtsverletzung festgehalten.³³⁸

Nach diesseitiger Kenntnis hat sich inzwischen der BGH eines entsprechenden Falles angenommen und wird hoffentlich alsbald zu einer klärenden Entscheidung gelangen. Bis dahin ist im Sinne einer verfassungskonformen Auslegung davon auszugehen, dass keine kennzeichenmäßige Benutzung vorliegt. Denn auch hier würde sonst die Strafbarkeit davon abhängen, im Bezirk welches Obergerichts man angeklagt würde. Denn auch die Strafrichter werden sich an der Entscheidungspraxis der zivilen Kennzeichenstreitkammern bzw. der Berufungssenate orientieren. Das notwendige Maß an Rechtssicherheit wird damit nicht erreicht.

³³³ Ingerl/Rohnke, MarkenG, nach § 15 RN 82.

³³⁴ OLG München vom 22. April 1999, MMR 1999, 547 – buecher.de/amazon.de.

³³⁵ OLG München vom 6. April 2000, MMR 2000, 546 – Hanseatic; Streitstand bei Hacker, Die Benutzung der Marke als Marke, GRUR Int. 2002, 502 (508).

³³⁶ Aktenzeichen 20 U 104/03.

³³⁷ OLG Köln vom 4. Oktober 2002, Az. 6 U 64/02.

³³⁸ OLG München vom 24. Juni 2004, Az. 17 HK O 10389/04 – IMPULS.

V. Rechtsverletzende Benutzung geschäftlicher Bezeichnungen

1. Begriff der Benutzung

Auch die Straftatbestandsalternativen der §§ 143 Abs. 1 Nr. 4 und 5, 15 Abs. 2 und 3 setzen die Benutzung einer geschäftlichen Bezeichnung voraus. Anders als § 14 Abs. 3 und 4 erwähnt das Gesetz zwar im Rahmen des § 15 keine typischen Benutzungshandlungen, sie sollen jedoch gemäß der amtlichen Begründung übertragbar sein.³³⁹ Insofern führt die Verwendung einer geschäftlichen Bezeichnung in einer Form entsprechend den §§ 14 Abs. 3 und 4 stets zu einer strafbaren Benutzung. Dies wird in den meisten strafrechtlich verfolgten Fällen der Fall sein. Im Übrigen soll auch die Begrifflichkeit der „Benutzung“ mit § 14 Abs. 2 übereinstimmen. Streitig könnte demnach wieder sein, ob ein zeichenmäßiger Gebrauch der geschäftlichen Bezeichnung zu fordern ist. Nach dem früheren § 16 UWG war ein namens-, firmen- oder markenmäßiger Gebrauch notwendig.³⁴⁰ Da die Gesetzesbegründung³⁴¹ von einer Übertragung dieser Grundsätze auf das Markengesetz ausgeht, ist eine Abweichung davon schwer möglich. Zudem wird geltend gemacht, dass es bei anderweitigen Verwendungen nicht zu einer Verwechslungsgefahr im Sinne des § 15 kommen kann.³⁴²

Insofern gilt auch hier die im Rahmen des § 14 – vgl. oben IV. – vertretene Auffassung, dass für die Strafbarkeit der Benutzung einer geschäftlichen Bezeichnung im Rahmen des § 143 Abs. 1 Nr. 4 und 5, 15 Abs. 2 und 3 eine Benutzung als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen oder zumindest als Produkthinweis erforderlich ist. Angesichts der uneinheitlichen Rechtsprechungspraxis zu den streitigen Fallgruppen ist auch und gerade vor dem Hintergrund der immer mehr erfolgenden Aufweitung der Verwechslungsgefahr zur Wahrung des Bestimmtheitsgebots im Rahmen des § 15 eine kennzeichenmäßige Verwendung zu fordern. Es muss daher vom Strafrichter geprüft und festgestellt werden, ob im Falle der Verwendung einer beschreibenden Angabe als geschäftliche Bezeichnung der Verkehr darin einen Herkunftshinweis sieht. Dies wird meist der Fall sein, wenn die Bezeichnung als nicht untergeordneter Bestandteil in eine Firma oder eine Marke übernommen wird.³⁴³ Ist dies nicht der Fall, etwa bei der Verwendung als beschreibende Angabe, kann keine Bestrafung erfolgen.

³³⁹ Amtliche Begründung zum MarkenG, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, S. 70/71.

³⁴⁰ Nachweise in Goldmann, Der Schutz des Unternehmenskennzeichens, § 15 A. (S. 263).

³⁴¹ Begründung zum neuen MarkenG, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, S. 67; s.o. A. 1.

³⁴² Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 15 RN 26; weitere Nachweise in Goldmann, Der Schutz des Unternehmenskennzeichens, § 15 B. I 1. (S. 265).

³⁴³ Ekey/Klippel, MarkenR, § 15 RN 30, die von ihm in diesen Fällen im Zivilrecht angenommene Vermutung eines kennzeichenmäßigen Gebrauchs muss im Strafrecht festgestellt werden.

2. *Benutzung bei Werktiteln*

Bei Werktiteln hingegen kommt ein strafrechtlicher Schutz zunächst nur im Falle einer titelmäßigen Benutzung in Frage. Werktitel schützen ein Werk nur nach dem Inhalt, nicht nach der betrieblichen Herkunft.³⁴⁴ Eine strafbare Verletzung eines Titels kann insofern nur dann vorliegen, wenn eine Bezeichnung zur Unterscheidung eines Werks von anderen Werken seinem Inhalt nach benutzt wird.³⁴⁵ Der Titel braucht jedoch nicht für ein ganzes Werk verwendet werden, sondern es genügt die Benutzung für eine nach Art und Aufmachung selbständige Rubrik.³⁴⁶ Dem ist für die strafrechtliche Anwendung zuzustimmen, es liegt in diesem Fall immer noch eine Benutzung zur inhaltlichen Unterscheidung vor. Der Leser und damit auch der von § 143 angesprochene Personenkreis können die im Inneren einer Zeitschrift wiedergegebene Bezeichnung als Werkbezeichnung auffassen, die sich selbständig als Titel etablieren kann.³⁴⁷

Soweit hingegen ein Titel als Marke oder als Unternehmenskennzeichen benutzt wird, ist streitig, ob dies eine rechtsverletzende Benutzung darstellt. Ekey/Klippel³⁴⁸ und Ingerl/Rohnke³⁴⁹ verweisen auf die bisherige Rechtsprechung und gehen davon aus, dass eine rechtsverletzende Benutzung auch im Falle einer marken- oder firmenmäßigen Benutzung erfolgen kann. Hacker geht davon aus, dass nach neuerer Rechtsprechung eine erhöhte Bekanntheit des Titels erforderlich ist. Der Schutzbereich eines Titels erstreckt sich zunächst nur auf Fälle der Werkverwechslung im Sinne einer unmittelbaren Verwechslungsgefahr. Nur in diesen Fällen soll dem Titel zusätzlich eine betriebliche Herkunftsvorstellung zukommen.³⁵⁰

Ob dieses Bekanntheitserfordernis als Voraussetzung eines Schutzes über die Werkverwechslung hinaus auch im Strafrecht anzunehmen ist, bleibt fraglich. Strafbar macht sich grundsätzlich, wer das gemäß § 15 geschützte Zeichen unbefugt in der Weise benutzt, dass Verwechslungen hervorgerufen werden. Allerdings wird bei einer Benutzung eines Titels als Marke oder Unternehmenskennzeichen die Funktion des Werktitels als Hinweis auf das Werk nicht beeinträchtigt. Im Wege einer Reduktion auf den Sinn und Zweck des Titelschutzes müsste man der Ansicht Hackers folgen. Der Wortsinn verbietet allerdings eine anderweitige Auslegung nicht. Welche Art von Verwechslungsgefahr zu fordern ist, soll unten B. I. 1. e) 3. aa) erörtert werden.

³⁴⁴ Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 15 RN 30.

³⁴⁵ BGH vom 29. April 1999, GRUR 2000, 70, 72 – SZENE; st. Rsp. vgl. Fezer, MarkenR, § 15 RN 171.

³⁴⁶ OLG Hamburg vom 4. Juli 2002, GRUR-RR 2002, 389 (391) – die tagesschau.

³⁴⁷ OLG Köln vom 4. April 1997, GRUR 1997, 663 (664) – Family.

³⁴⁸ Ekey/Klippel, MarkenR, § 15 RN 67.

³⁴⁹ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 15 RN 98.

³⁵⁰ Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 15 RN 32 und RN 119.

VI. Fehlende Zustimmung des Zeicheninhabers / Unbefugte Benutzung

1. Allgemeines

Im Unterschied zu § 823 Abs. 1 BGB entfällt nach §§ 14 und 15 Abs. 2 bei Markenrechtsverletzungen bereits der Tatbestand der Verletzung und nicht erst deren Widerrechtlichkeit, wenn der Berechtigte der angegriffenen Verwendung zugestimmt hat.³⁵¹ Aufgrund der Akzessorität des § 143 zu den zivilrechtlichen Tatbeständen scheidet eine Strafbarkeit dann aus.

Inhalt der Zustimmung ist der durch eine Willenserklärung erklärte – auch konkludente – Verzicht auf das Verbotungsrecht.³⁵² Die im Wortlaut des § 14 Abs. 2 verankerte fehlende Zustimmung ist im Zivilrecht als anspruchsbegründende negative Tatsache vom Markeninhaber zu beweisen.³⁵³

Im Strafrecht muss dem Täter vom Gericht die mangelnde Zustimmung nachgewiesen werden. Dabei kommt es auf das tatsächliche Vorliegen einer Gestattung, eines Lizenzvertrages o.ä. an. Sollte danach eine Zustimmung vorliegen, liegt ein tatbestandsausschließendes Einverständnis vor. Der deliktische Charakter der Tathandlungen des § 143 beruht gerade darauf, dass die Tat gegen den Willen des Betroffenen erfolgt.³⁵⁴ Darüber hinaus handelt der Verletzer aber auch dann ohne Berechtigung, wenn er zwar eine Lizenz besitzt, er jedoch die in der Lizenz erlaubte Produktionsmenge überschreitet und die Überschussproduktion selbst vermarktet.³⁵⁵

Nach Auffassung des BGH wird mit dem Merkmal „ohne Zustimmung des Markeninhabers“ aber auch das Erfordernis der Widerrechtlichkeit ausgedrückt.³⁵⁶

Daraus ergibt sich eine Doppelfunktion der Merkmale der Zustimmung einerseits als Merkmal der Nichtberechtigung auf Tatbestandsseite und andererseits als Einwilligung auf der Ebene der Rechtfertigung.

Gleiches gilt für die in § 15 normierte Voraussetzung der „unbefugten“ Benutzung einer geschäftlichen Bezeichnung, welche korrespondierend zur fehlenden Zustimmung des § 14 aufgenommen wurde. Dieses negative Tatbestandsmerkmal wurde hier nicht aus § 16 UWG übernommen, sondern ist § 12 BGB und § 37

³⁵¹ OLG Düsseldorf vom 8. Juli 1997, Mitt. 98, 372 (374); auch BGH vom 29. März 2001, GRUR 2002, 57 (58) – Aadalat.

³⁵² Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 35, m.w.N.

³⁵³ Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 14 RN 129.

³⁵⁴ Vgl. zur Abgrenzung von Einverständnis und Einwilligung: Wessels/Beulke, Strafrecht AT, § 9 I. (RN 362).

³⁵⁵ Wabnitz/Janovsky-Möller, Wirtschaftsstrafrecht, 15. Kapitel, III. 3., RN 19 (S. 963).

³⁵⁶ BGH vom 11. Mai 2000, GRUR 2000, 879 (880) – STUSSY.

Abs. 2 HGB nachgebildet.³⁵⁷ Dort soll „unbefugt“ ebenfalls gleichbedeutend mit widerrechtlich sein im Sinne des § 823 BGB.

Gleichwohl ist auch die Unbefugtheit Anspruchsvoraussetzung³⁵⁸ und muss bei der Prüfung der §§ 143 Abs. 1 Nr. 4 und 5 berücksichtigt werden. Dies korrespondiert mit dem Kernstrafrecht, wo „unbefugt“ dann Tatbestandsmerkmal ist, wenn die umschriebene Tathandlung als solche noch keinen Unrechtsakt ver-
typt.³⁵⁹ Unbefugt ist der rechtswidrige Gebrauch, nämlich ein Gebrauch ohne Einwilligung des Zeicheninhabers. Die Benutzung eines Zeichens „ohne Zustimmung des Inhabers“ in § 14 Abs. 2 ist parallel zum Tatbestandsmerkmal „unbefugtes“ Handeln in § 15 Abs. 2 zu verstehen.³⁶⁰ Auf diese Weise soll eine möglichst gleichlaufende Struktur der Verletzungstatbestände gewahrt bleiben.³⁶¹

Zu erwähnen bleibt noch, dass in § 15 Abs. 3 – anders als in § 14, wo das Erfordernis der fehlenden Zustimmung gesetzestechnisch vor die Aufzählung der einzelnen Verletzungsalternativen festgeschrieben wurde – das Merkmal „unbefugt“ fehlt. Dies soll jedoch nur ein Redaktionsversehen darstellen³⁶², da selbstverständliche auch die Zustimmung des Inhabers einer bekannten geschäftlichen Bezeichnung die Zeichenbenutzung legitimiert.

2. *Nachträgliche Zustimmung*

Sofern sich der Kennzeichenverletzer und der Inhaber der Schutzrechte im Rahmen von außergerichtlichen Verhandlungen nachträglich einigen und der widerrechtlich Handelnde bspw. eine Lizenz zur Benutzung des Kennzeichens erhält, stellt sich die Frage, ob dadurch auch eine parallel laufende Strafverfolgung beeinflusst wird, indem der Tatbestand einer rechtswidrigen Kennzeichenverletzung entfällt.

Nach überwiegender Ansicht soll bspw. im Urheberrecht die nachträgliche Zustimmung die Rechtswidrigkeit nicht beseitigen, der Beschuldigte daher strafbar bleiben.³⁶³ Nach der Gegenansicht kommt es darauf an, ob dem Täter ein rückwirkendes Nutzungsrecht eingeräumt werden kann.³⁶⁴ In diesem Fall würde er zum Berechtigten. Dieser Ansicht ist im Hinblick auf die Doppelfunktion der

³⁵⁷ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 15 RN 16.

³⁵⁸ Ekey/Klippel, MarkenR, § 15 RN 18.

³⁵⁹ Tröndle/Fischer, StGB, vor § 13 RN 8, so bspw. in den §§ 132, 263a, 290, 107a, 109e StGB.

³⁶⁰ So auch Goldmann, der Schutz des Unternehmenskennzeichens, 2. Teil, § 11, B. (S. 150).

³⁶¹ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 15 RN 16.

³⁶² Ekey/Klippel, MarkenR, § 15 Rn 18, Ströbele/Hacker-Hacker, § 15 RN 36. Diese Einschätzung ergibt sich auch aus der amtlichen Begründung zum neuen MarkenG, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, S. 70.

³⁶³ Schrickler-Haß, UrhG, § 106 RN 11.

³⁶⁴ Hildebrandt, Die Strafvorschriften des Urheberrechts, S. 152.

Merkmale „ohne Zustimmung“ bzw. der „unbefugten Benutzung“ überzeugender.³⁶⁵ Die rückwirkende Einräumung eines Nutzungsrechts soll in analoger Anwendung der Abtretungsregeln der §§ 398 ff. BGB möglich sein.³⁶⁶

Folge dieser Ansicht ist, dass bei einer Einigung des Markeninhabers mit dem Täter der strafrechtlichen Verfolgung der Boden entzogen wird. Dies würde mit der Einordnung der Strafvorschriften als ergänzend zu den zivilrechtlichen Ansprüchen korrespondieren. Sofern der Markeninhaber Genugtuung erfahren hat, dürfte meist auch das öffentliche Interesse an der weiteren strafrechtlichen Verfolgung entfallen. Entsprechende Verfahren müssten dann eingestellt werden. Problematisch könnte dies nur sein, sofern durch die Kennzeichenverletzung die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährdet ist, so bspw. bei gefälschten Arzneimitteln oder der Nachahmung von Ersatzteilen für Verkehrsmittel. Eine Einigung wird aber in solchen Fällen, in denen der Originalhersteller sehr darauf achten muss, seinen Ruf nicht zu verlieren, kaum in Betracht kommen.

VII. Löschung der älteren Marke

Die Löschung der verletzten älteren Marke wegen Nichtigkeit aufgrund absoluter Schutzhindernisse oder älteren Rechten nach § 52 Abs. 1 und 2 hat zur Folge, dass die Wirkung der Schutzrechtseintragung als von Anfang an nicht eingetreten gilt, § 52 Abs. 2. Aufgrund dieser Rückwirkung der Löschung auf den Tatzeitpunkt liegt in diesen Fällen – mangels einer Zuwiderhandlung gegen ein Kennzeichenrecht – gar keine strafbare Kennzeichenverletzung vor.³⁶⁷ Die Strafbarkeit kann nicht aus einer bloßen Fiktion begründet werden.³⁶⁸

Sofern der Angeklagte zivilrechtliche Löschungsklage erheben will, soll das Strafverfahren entsprechend § 262 StPO auszusetzen sein.³⁶⁹ Sofern die Kennzeichnung erst nach Abschluss des Strafverfahrens, mithin rechtskräftiger Verurteilung, gleichwohl aber mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Tat gelöscht wird, stellt dies einen Wiederaufnahmegrund nach § 359 Nr. 4 und 5 StPO dar.³⁷⁰

Erfolgt die Löschung der älteren Marke jedoch wegen Verfall nach §§ 52 Abs. 1, 49 aufgrund einer nicht erfolgten Benutzung, führt dies aufgrund der bloßen ex nunc Wirkung nicht zum Wegfall der Strafbarkeit. Denn in Ermangelung der Rückwirkung bestand das ausschließliche Recht des Markeninhabers zur Zeit der

³⁶⁵ Wandtke/Bullinger, UrhG, § 106 RN 25.

³⁶⁶ Ausführlich Hildebrandt, Die Strafvorschriften des Urheberrechts, S. 152.

³⁶⁷ Harte-Bavendamm-Holler, Handbuch der Markenpiraterie; 3. Kapitel § 5, 4. Abschnitt B. II. 1. (S. 137).

³⁶⁸ So schon das RG vom 25. Mai 1877, RGSt 14, 261 (263).

³⁶⁹ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 143 RN 5; für das Patentrecht ist dies seit langem anerkannt, vgl.

Benkhard/Rogge, PatG, § 142 RN 3.

³⁷⁰ Vgl. dazu 4. Kapitel C. IV.

Verletzungshandlung.³⁷¹ Der Angeklagte kann sich jedoch im Strafprozess auf die Einrede der Nichtbenutzung berufen.³⁷²

B. Kennzeichenverletzung, § 143 MarkenG

§ 143 stellt die vorsätzliche Kennzeichenverletzung unter Strafe. Aufgrund der bereits erläuterten Intention des Gesetzgebers, die zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen durch strafrechtliche Vorschriften zu ergänzen, lehnt sich die Norm hinsichtlich Tatobjekt und Tathandlungen eng an die zivilrechtlichen Tatbestände der §§ 14 Abs. 2 – 4 und 15 Abs. 2 und 3 an.³⁷³ Diese sind gesetzgebungstechnisch als Unterlassungstatbestände ausgestaltet, was den Charakter des Ausschließlichkeitsrechts zum Ausdruck dringen soll. Gleichzeitig sollte die anknüpfende Ausgestaltung der Strafvorschriften möglich gemacht werden.³⁷⁴

In systematischer Hinsicht behandeln die §§ 143 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 die Grundtatbestände der strafbaren Markenverletzung, während §§ 143 Abs. 1 Nr. 4 und 5 sich mit den Sanktionen einer Verletzung von geschäftlichen Bezeichnungen beschäftigen. Die Absätze 2 und 3 des § 143 regeln die Qualifikation der „gewerbsmäßigen“ Handlungsweise sowie den Versuch der Tat. Bezweckt ist mit diesem Aufbau auch eine Erleichterung der Einordnung der einschlägigen Alternativen für den vorrangig im Zivilrecht bewanderten Rechtsanwender.³⁷⁵ Dabei erfolgt nur in subjektiver Hinsicht eine signifikante Abweichung vom Zivilrecht, indem neben dem bei allen Varianten notwendigen Vorsatz das zusätzliche Erfordernis der absichtlichen Begehungsweise bei der Verletzung bekannter Marken oder geschäftlicher Bezeichnungen aufgestellt wird.

Ungeachtet dieser umfassenden Bezugnahme auf die zivilrechtlichen Tatbestandsmerkmale – sog. Binnenverweisung³⁷⁶ – muss die Subsumtion des Lebenssachverhalts unter die Tatbestandsmerkmale jedoch stets im Lichte der besonderen Voraussetzungen des Strafrechts vorgenommen werden. Aus der Verweisung selbst ergibt sich indes kein Problem mit dem Bestimmtheitsgrundsatz, da dem

³⁷¹ In dieser Ausführlichkeit nur: Harte-Bavendamm-Holler, Handbuch der Markenpiraterie; 3. Kapitel § 5, 4. Abschnitt B. II. 1. (S. 137).

³⁷² Dazu unten B. I. 3. c) (5).

³⁷³ Einige Autoren nennen diese Technik „zivilakzessorische“ Ausgestaltung, so z.B.: Hildebrandt die Strafvorschriften des Urheberrechts, Kapitel 2, A. (S. 31); Weber, Die Bekämpfung der Videopiraterie mit den Mitteln des Strafrechts, S. 55.

³⁷⁴ Begründung zum neuen Markengesetz, Bl. für PMZ 1994, Sonderheft, S. 69.

³⁷⁵ Die vom Verfasser durchgeführte Umfrage belegt jedoch gerade Gegenteiliges, vgl. 6. Kapitel D. III. 4. j); aus den Untersuchungen von Berckhauer, Die Strafverfolgung bei schweren Wirtschaftsdelikten, S. 205; zu den Tatbestandsfassungen von Wirtschaftsstraftaten ergibt sich ähnliches, vgl. 5. Kapitel C. II.

³⁷⁶ Sch/Sch-Eser, StGB, vor § 1 RN 3.

Adressaten der Norm hinreichend deutlich wird, auf welche Normen – nämlich solche desselben Gesetzes – Bezug genommen wird.³⁷⁷ Es kommt vielmehr darauf an, ob die in Bezug genommenen Tatbestandsmerkmale ihrerseits den strafrechtlichen Anforderungen genügen.

I. Grundtatbestand

Durch § 143 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 werden umfassend die verschiedenen Arten von vorsätzlichen Verletzungen von Marken oder geschäftlichen Bezeichnungen unter Strafe gestellt. Zusammen genommen können sie als Grundtatbestand der Kennzeichenverletzung bezeichnet werden.

1. Objektiver Tatbestand, § 143 Abs. 1 Nr. 1 bis 5

Der objektive Tatbestand des § 143 Abs. 1 Nr. 1 umfasst zwei Alternativen, nämlich den Identitäts- und den Verwechslungsschutz von Marken. Die Vorschrift bezieht sich explizit auf die Kollisionstatbestände des §§ 14 Abs. 2 Nr. 1 und 2 (dazu unten a) und b)). Die dritte Form der strafbaren Markenverletzung wird in § 143 Abs. 1 Nr. 2 geregelt, der mit § 14 Abs. 2 Nr. 3, dem erweiterten Schutz bekannter Marken verknüpft ist (dazu c)). Die Strafbarkeit von Vorbereitungshandlungen – sog. mittelbare Markenverletzung – wird von § 143 Abs. 1 Nr. 3 erfasst (dazu d)) und die Strafbarkeit der Verletzung geschäftlicher Bezeichnungen wird schließlich in § 143 Abs. 1 Nr. 4 und 5 festgeschrieben (dazu e) und f)).

a) Identitätsschutz, § 143 Abs. 1 Nr. 1, 1. Alt.

Der strafrechtliche Identitätsschutz von Marken setzt zweifache Identität voraus, nämlich Zeichenidentität und Waren- und/oder Dienstleistungsidentität. Nach § 143 Abs. 1 Nr. 1, 1. Alt. i.V.m. dem in Bezug genommenen § 14 Abs. 2 Nr. 1 macht sich strafbar, wer im geschäftlichen Verkehr ohne Zustimmung des Markeninhabers eine identische Marke für identische Waren und/oder Dienstleistungen benutzt. Dies stellt die intensivste Form eines Eingriffs in das Markenrecht dar, da die Verbraucher überhaupt nicht mehr die Herkunft der jeweiligen Produkte beurteilen können bzw. die Herkunft des Zeichens des Verletzers dem Betrieb des Markeninhabers zuordnen werden. Bei abweichender Qualität kann es zudem zu einem Imageschaden kommen.

Der Begriff der Identität wird schon im Zivilrecht restriktiv ausgelegt.³⁷⁸ Die Identität einer Marke kann nur durch eine vollständige Übereinstimmung in klang-

³⁷⁷ LK-Gribbohm, StGB, § 1 RN 35.

³⁷⁸ EuGH vom 20. März 2003, C-291/00 – LTJ Diffusion SA/Sadas Vertbaudet SA, Arthur/Arthur et

licher und (schrift-) bildlicher Hinsicht begründet werden. Eine allein klangliche Übereinstimmung (Homophonie) reicht nicht aus. Auch kann Identität nur bei gleicher Zeichenart vorliegen.³⁷⁹ Im Einzelnen sind Wortmarken bei gleicher Schreibweise identisch, wobei es jedoch auf die Schriftart oder Groß-/Kleinschreibung nicht ankommt. Bei Wort-/Bild-, Bild-, dreidimensionalen oder farbigen Marken muss ein optischer Vergleich durchgeführt werden. Lediglich kleinste Abweichungen, die bei normaler Aufmerksamkeit nicht auffallen, stehend der Identität nicht entgegen. Auch Größenveränderungen, bei denen der Maßstab gewahrt wird, sind unschädlich. Eine solche Betrachtungsweise ist sachgerecht, da schon die Veröffentlichung der Marken in den Markenblättern häufig Abweichungen von der angemeldeten Größe enthalten. Schließlich soll bei Hörmarken ein Vergleich der Wiedergaben Identität ergeben, wenn es sich um dieselbe Ton- bzw. Klangfolge handelt.³⁸⁰

Dieser strengen Bewertung ist für die strafrechtliche Betrachtung zu folgen. Eine Auslegung muss hier orientiert am Wortsinn erfolgen. Der eindeutige Begriff der Identität lässt hier wenig Spielraum. Insofern ist dem EuGH zu folgen, nachdem „bereits die Definition des Begriffes der Identität impliziert, dass zwei verglichene Elemente in jeder Hinsicht übereinstimmen“.³⁸¹ Sofern der Täter die ältere Kennzeichnung mehr als graduell verändert, kommt diese Tatbestandsalternative zur Begründung der Strafbarkeit nicht mehr in Betracht. Eine Bestrafung kann dann aber problemlos nach der 2. Alt. des § 143 Abs. 1 Nr. 1 erfolgen.

Weitere Voraussetzung ist die Identität der gekennzeichneten Waren und/oder Dienstleistungen. Das vom Täter benutzte Zeichen muss für Waren/Dienstleistungen benutzt worden sein, die mit denen identisch sind, für die das Zeichen des Markeninhabers Schutz genießt. Dabei sind die Waren oder Dienstleistungen hinsichtlich Übereinstimmungen der Art nach zu vergleichen.³⁸² Sofern das verletzte Zeichen als Marke registriert ist, ist von den Begriffen des Waren/Dienstleistungsverzeichnisses auszugehen. Falls die Ware/Dienstleistung des verletzenden Zeichens unter einen Oberbegriff der eingetragenen Waren der älteren Marke fällt, ist ohne weiteres von Identität auszugehen, da der Inhaber der geschützten Marke nicht schlechter stehen darf, als wenn er die spezielleren Ein-

Félicie, RN 50, GRUR 2003, 422 (425).

³⁷⁹ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 219.

³⁸⁰ So für die Gemeinschaftsmarke, wobei an dieser Stelle für nationale Marken nichts anderes gelten kann: v. Mühlendahl, Die Gemeinschaftsmarke, § 13 RN 77.

³⁸¹ EuGH vom 20. März 2003, C-291/00 – LTJ Diffusion SA/Sadas Vertbaudet SA, Arthur/Arthur et Félicie, RN 50, GRUR 2003, 422 (425).

³⁸² Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 222.

zelwaren hätte eintragen lassen.³⁸³ Stehen sich zwei Oberbegriffe entgegen, so besteht bei teilweiser Überschneidung partielle Identität.

Sofern beide Voraussetzungen vorliegen, ist die 1. Alt. des § 143 Abs. Nr. 1 erfüllt. Gerade in den in der Praxis strafrechtlich verfolgten Fallgestaltungen liegt oftmals eine identische Markenverletzung und zumeist auch Warenidentität vor, so dass die identische Markenverletzung in Pirateriefällen eine größere Rolle spielt als im Zivilrecht.³⁸⁴

Zu erwähnen bleibt, dass ein Irrtum der Verbraucher – wie auch im Zivilrecht – nicht erforderlich ist. Auch dann, wenn dem Verbraucher die unbefugte Benutzung der Kennzeichnung sowie die Nachahmung einer älteren Marke bekannt ist, steht die Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale außer Zweifel. Zwar liegt in diesen Fällen keine Herkunftstäuschung vor, jedoch werden die Kommunikationsfunktion der Marke und das Markenimage beeinträchtigt.³⁸⁵ Eine neue Entscheidung des italienischen Corte die Cassazione (vergleichbar dem BGH), welche die Strafbarkeit bei erkennbaren, plumpen Fälschungen verneinte, ist international zu Recht auf heftige Kritik gestoßen. Denn wie in Deutschland kommt es auch im italienischen Recht im Falle der Doppelidentität auf außerhalb von Zeichen und Waren/Dienstleistungen liegende Umstände nicht an.³⁸⁶

b) Verwechslungsschutz, § 143 Abs. 1 Nr. 1, 2. Alt.

(1) Allgemeines

Bei alleiniger Bestrafung der Verletzung des Identitätsschutzes wäre der Markenschutz wenig effektiv. Ein Verletzer müsste nur einige Details des Zeichens verändern oder aber „nur“ eine ähnliche Ware anbieten, um den Schutz zu umgehen. Daher bestraft die zweite Variante des § 143 Abs.1 Nr.1 auch die widerrechtliche Benutzung einer Marke entgegen § 14 Abs. 2 Nr. 2. Der sog. Verwechslungsschutz tritt ein, wenn ein identisches oder ähnliches Zeichen für identische oder ähnliche Waren/Dienstleistungen benutzt wird und dadurch für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht. Darin eingeschlossen wird die Gefahr, dass das Zeichen mit der Marke in Verbindung gebracht wird.

Der Schutz vor Verwechslungen wird als für das gesamte Kennzeichenrecht zentral angesehen, da sich nach ihm die Reichweite des Markenschutzes bestimmt.³⁸⁷

³⁸³ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 145.

³⁸⁴ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 216; Harte-Bavendamm-Holler, § 6 RN 33; vgl. dazu auch die Praxis der Staatsanwaltschaften, 5. Kapitel, D. II.

³⁸⁵ Fezer, MarkenR, § 14 RN 75.

³⁸⁶ Vgl. zum italienischen Markenstrafrecht, 6. Kapitel D. 7.

³⁸⁷ Hubmann/Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 40 II. 2. a).

Insofern wird er auch für den Verletzungstatbestand des § 14 Abs. 2 Nr. 2 und das relative Schutzhindernis des § 9 Abs. 1 Nr. 2 einheitlich ausgelegt.³⁸⁸

Aus der Bezugnahme des § 143 Abs. 1 Nr. 1, 2. Alt. auf 14 Abs. 2 Nr. 2 ergeben sich zunächst drei mögliche Konstellationen der Verwechslungsgefahr, nämlich aufgrund von

- Markenidentität und Waren/Dienstleistungsähnlichkeit,
- Markenähnlichkeit und Waren/Dienstleistungsidentität, oder
- Markenähnlichkeit und Waren/Dienstleistungsähnlichkeit.

Dabei definiert das Gesetz die Begriffe „Ähnlichkeit“ und „Verwechslungsgefahr“ nicht. Unproblematisch wird die Verwechslungsgefahr seit vielen Jahren als Rechtsbegriff aufgefasst und normativ bestimmt³⁸⁹, wobei die Auslegung der Rechtsprechung überlassen wird. Die Verwechslungsgefahr ist „europäisch“ auszulegen, da das Markengesetz lediglich die Richtlinie 89/104/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften über die Marken vom 21. Dezember 1988³⁹⁰ in nationales Recht umsetzt. Die Auslegung des EuGH, wonach maßgeblich auf die Herkunftsfunktion der Marke abgestellt wird und Verwechslungsgefahr immer dann vorliegt, wenn das Publikum glauben kann, dass die Waren aus demselben oder auch nur wirtschaftlich verbundenen Unternehmen stammen³⁹¹, hat sich der BGH in allen Punkten angeschlossen. Da auch die Instanzgerichte bei Fragen der Verwechslungsgefahr die Grundsätze des EuGH anwenden, bestehen an dieser Stelle keine Auslegungsprobleme.³⁹²

Ob im Einzelfall Verwechslungsgefahr vorliegt, hängt von einer Vielzahl von Umständen ab, insbesondere dem Bekanntheitsgrad der älteren Marke im Markt, der gedanklichen Verbindung, die das benutzte Zeichen zu ihr hervorrufen kann, sowie dem Grad der Ähnlichkeit zwischen der Marke und dem Zeichen und zwischen den damit gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen.³⁹³ Maßgebend für die Beurteilung ist der Gesamteindruck der Kollisionszeichen.³⁹⁴ Es ist darauf abzustellen, ob ein nicht unerheblicher Teil der beteiligten Verkehrskreise der Gefahr einer Irreführung unterliegt.³⁹⁵ Das relevante Publikum ist der durchschnitt-

³⁸⁸ BGH vom 20. Dezember 2001, GRUR 2002, 342 (345) – Astra/Estra-Puren.

³⁸⁹ Fezer, MarkenR, § 14, RN 83, m.w.N.

³⁹⁰ Zur MRRL vgl. 6. Kapitel B. II.

³⁹¹ EuGH vom 22. Juni 1999, C-342/97, RN 17 – Lloyd, WRP 1999, 806 (808), S. 1568; EuGH vom 29. September 1998 C-39/97, RN 29 – CANON ; GRUR 1998, 922 (924).

³⁹² Nachweise zu den Entscheidungen des BGH in Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 239.

³⁹³ Präambel der RL 89/104, Abl. EG NR. L 40 v. 11.2. 1989, 1, sowie 10. Erwägungsgrund.

³⁹⁴ BGH vom 29. Juni 1995, GRUR 1996, 198 (199) – Springende Raubkatze, st. Rsp.

³⁹⁵ Präambel der RL 89/04, aaO.

lich informierte, aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher der betreffenden Waren und Dienstleistungen.³⁹⁶

Im Ergebnis sind bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr im Rahmen der Gesamtbetrachtung vor allem drei Hauptmerkmale, nämlich der Schutzzumfang der verletzten Kennzeichnung, die Ähnlichkeit der Zeichen und die Ähnlichkeit der entgegen stehenden Waren/Dienstleistungen zu berücksichtigen. Diese stehen in Wechselwirkung zueinander, d.h. Verwechslungsgefahr kann auch vorliegen, wenn ein Faktor schwach, die anderen jedoch stärker ausgeprägt sind.³⁹⁷

(2) Schutzzumfang der älteren Marke

Der Schutzzumfang einer Marke wird durch ihre Kennzeichnungskraft bestimmt. Darunter wird die Eigenschaft eines Zeichens verstanden, sich aufgrund seiner Eigenart und ggf. seines durch Benutzung erlangten Bekanntheitsgrads dem Publikum als Marke einzuprägen, d.h. in Erinnerung zu behalten und wieder erkannt zu werden.³⁹⁸ Ein „starkes“, also sich gut einprägendes Zeichen, welches sich von anderen Zeichen deutlich unterscheidet, genießt einen größeren Schutzzumfang, d.h. Verwechslungen können eher vorkommen als bei einem schwachen Zeichen.

Zur Feststellung der Kennzeichnungskraft ist einerseits der dem Zeichen originär, also von Haus aus zukommende Grad der Eigenart und andererseits eine eventuelle nachträgliche Stärkung durch intensive Benutzung oder Schwächung durch zahlreiche benutzte ähnliche Drittzeichen zu berücksichtigen.

Die Kennzeichnungskraft ist vom Strafgericht in Bezug auf die beanspruchten Waren oder Dienstleistungen festzustellen. Als Beweismittel können neben eigener Sachkunde demoskopische Umfragegutachten herangezogen werden. Dabei ist die oftmals in Fällen der Produktpiraterie von den Gerichten aus eigener Sachkunde angenommene gesteigerte Kennzeichnungskraft des älteren Zeichens aufgrund Verkehrsgeltung³⁹⁹ für die strafrechtliche Praxis nicht unkritisch zu übernehmen. Zwar kann auch im Strafprozess die Beweiserhebung aufgrund Offenkundigkeit, § 244 Abs. 3 S. 2 StPO, oder Gerichtsbekanntheit, § 244 Abs. 4 S. 1 StPO, überflüssig sein. Jedoch ist auch zu berücksichtigen, dass schon aufgrund der statistischen Fehler – die mit zunehmender Fallzahl abnehmen – eine Stichprobengröße von eins (für den Einzelrichter) bis drei oder fünf (für das Kollegium der kleinen bzw. großen Strafkammer) zwangsläufig mit erheblichen Fehlerquellen belastet ist. Sofern daher keine eindeutige Feststellung der gesteigerten

³⁹⁶ EuGH vom 22. Juni 1999, C-342/97, RN 26 – Lloyd, WRP 1999, 806 (809).

³⁹⁷ St. Rsp. des EuGH, BGH und der Instanzgerichte, Nachweise in Ekey/Klippel, MarkenR, § 14 RN 89.

³⁹⁸ St. Rsp. des EuGH, bspw. Rs. C-299/99 vom 18. Juni 2002, RN 63 – Philips, GRUR 2002, 804 (808).

³⁹⁹ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 386 ff., der für die Feststellung aus eigener Sachkunde des Gerichts plädiert, jedoch auf Revisionsrisiken hinweist.

Kennzeichnungskraft durch sog. Hilfstatsachen wie den Marktanteil der mit der verletzten Zeichen versehenen Waren, die Dauer der Benutzung, der betriebene Werbeaufwand, Erklärungen der Industrie- und Handelskammern etc.⁴⁰⁰ festzustellen ist, muss die zu Lasten des Täters fallende Feststellung einer gesteigerten Kennzeichnungskraft durch ein Gutachten ermittelt werden. Oftmals wird dies jedoch aus Verhältnismäßigkeitsgründen⁴⁰¹ ausscheiden müssen, weshalb zu Gunsten des Angeklagten dann nur von „normaler“ Kennzeichnungskraft auszugehen ist.⁴⁰²

(3) Ähnlichkeit der Waren/Dienstleistungen

Zweite Komponente der Verwechslungsgefahr ist die Ermittlung der Identität oder Ähnlichkeit der sich gegenüberstehenden Waren und Dienstleistungen. Der nirgendwo im MarkenG definierte Begriff stimmt nicht mit der früheren „Waren-gleichartigkeit“ im WZG überein, ohne dass dies jedoch einen Rückgriff auf Umstände, die für die Gleichartigkeit Geltung hatten, ausschließt.⁴⁰³ Nach der maßgeblichen Rechtsprechung des EuGH ist der Begriff der Waren/Dienstleistungsähnlichkeit im Hinblick auf die Verwechslungsgefahr auszulegen.⁴⁰⁴ Dabei sind alle erheblichen Faktoren zu berücksichtigen, die das Verhältnis zwischen den Waren und Dienstleistungen bestimmen. Zu diesen Faktoren gehören insbesondere die Art der Waren, deren Verwendungszweck und Nutzung sowie ihre Eigenart als miteinander konkurrierende oder ergänzende Waren und Dienstleistungen.⁴⁰⁵ Darüber hinaus kommen als Faktoren die Herstellungsstätten, Vertriebswege sowie die Vertriebsstätten in Betracht. Der BGH und nunmehr auch das BPatG haben sich diesen Kriterien angeschlossen und nehmen ebenfalls eine flexible Bestimmung der verwechslungsrelevanten Ähnlichkeitskriterien vor.⁴⁰⁶ Für die Auslegung des Begriffs „ähnlich“ hat bspw. das Bundespatentgericht ausgeführt:

„Als ähnlich sind demzufolge solche Waren anzusehen, die sich wirtschaftlich so nahe stehen, dass bei den angesprochenen Verkehrskreisen mit herkunftsbezogenen Irrtümern gerechnet werden muss, wenn die Waren - dies unterstellt - mit identischen Marken versehen werden. Unähnlich sind Waren, die keine oder doch so geringe wirtschaftliche Berührungspunkte auf-

⁴⁰⁰ EuGH vom 22. Juni 1999, C-342/97 – Lloyd, RN 23, WRP 1999, 806 (809).

⁴⁰¹ Schließlich trägt der Angeklagte im Fall der Verurteilung die Kosten, § 465 StPO.

⁴⁰² Zur Problematik demoskopischer Gutachten vgl. unten c) (2) cc).

⁴⁰³ BGH vom 16. Juli 1998, GRUR 1999, 164 (166) – JOHN LOBB.

⁴⁰⁴ EuGH v. 29. September 1998, C-39/97 – Canon, RN 17, GRUR 1998, 922 (923).

⁴⁰⁵ EuGH v. 29. September 1998, C-39/97 – Canon, RN 13, aaO.

⁴⁰⁶ BGH vom 8. Oktober 1998, GRUR 1999, 245 (246) - LIBERO; BPatG vom 8. Juli 1999, 25 w (pat) 177/98, MarkenR 2000, 103 (105) – Netto 62.

weisen, dass selbst im Falle identischer Kennzeichnung ein herkunftsbezogener Irrtum ausgeschlossen werden kann.⁴⁰⁷

Für die tatrichterliche Beurteilung der Warenähnlichkeit ist zunächst das Waren-/Dienstleistungsverzeichnis der verletzten Marke maßgeblich.⁴⁰⁸ Unterliegt die Marke dem Benutzungszwang, ist im Falle der Einrede der Nichtbenutzung von den benutzten Waren auszugehen, §§ 25 Abs. 2 S. 3. Für die konkrete Auslegung des Warenverzeichnisses sowie die relevanten Einzelkriterien der Waren-/Dienstleistungsähnlichkeit – die seit Jahren stringent weiterentwickelt wurden und in verfassungsrechtlicher Hinsicht keine grundsätzlichen Probleme bereiten – soll auf die ausführliche Kommentarliteratur verwiesen werden.⁴⁰⁹

Für die strafrechtliche Anwendung ist lediglich zu beachten, dass die Ähnlichkeit im Rahmen des § 143 Abs. 1 Nr. 1 2. Alt. weit ausgelegt werden kann. Jedoch ist neben der juristischen Definition auch der natürliche Wortsinn zu beachten, der die Grenze der Auslegung bestimmt. Ausweislich des Brockhauses bedeutet Ähnlichkeit eine „Übereinstimmung vieler Merkmale“, bspw. des Aussehens (in der Geometrie oder Philosophie) oder der Abstammung (in der Biologie).⁴¹⁰ Insofern reicht die Ähnlichkeit nur einiger weniger der oben genannten Kriterien nicht aus. Vielmehr ist eine Übereinstimmung zahlreicher und auch wesentlicher Merkmale der Waren/Dienstleistungen zu fordern. Entsprechendes gilt im Übrigen auch bei der Beurteilung der Zeichenähnlichkeit.

Sofern keine Ähnlichkeit der Waren/Dienstleistungen vorliegt, kann keine Bestrafung nach § 143 Abs. 1 Nr. 1 2. Alt erfolgen. Nur soweit die Verletzung einer bekannten Marke in Frage kommt, kann der Täter wegen deren Verwendung für völlig andersartige Waren oder Dienstleistungen nach §§ 143 Abs. 1 Nr. 2, 14 Abs. 2 Nr. 3 bestraft werden. Diese Fälle bspw. der Rufausbeutung bekannter Marken werden unten unter c) behandelt.

(4) Ähnlichkeit der Zeichen

Auch die Zeichenähnlichkeit wird vom Gesetz nicht definiert. Sie ist im Hinblick auf die Verwechslungsgefahr auszulegen.⁴¹¹ Anders als bei der Warenähnlichkeit soll jedoch in weitem Umfang ein Rückgriff auf die zu § 31 WZG entwickelten

⁴⁰⁷ BPatG, NJW-Wettbwr 1997, 225 (226).

⁴⁰⁸ BGH vom 3. Mai 2001, GRUR 2002, 65 (67) – Ichtol.

⁴⁰⁹ Ströbele/Hacker-Ströbele, MarkenG, § 9 RN 44 ff.; Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 409 ff.,

Fallbeispiele in RN 489 ff.; Fezer, MarkenR, § 14 RN 333 ff. Eine sehr praxisrelevante

Entscheidungssammlung bietet Richter/Stoppel, Die Ähnlichkeit von Waren und Dienstleistungen, an.

⁴¹⁰ Brockhaus, Enzyklopädie in 24 Bänden, Erster Band (A – Apt), S. 255.

⁴¹¹ Erwägungsgrund 10 zur MRRL 89/194, ABI. EG L 40, vom 11/02/1989, vgl. 5. Kapitel B. II.

Grundsätze zulässig sein, da auch diese auf die Gefahr einer Verwechslung im Verkehr trotz Abweichungen der Zeichenform abstellte.⁴¹²

Der Vergleich der Zeichen hat anhand einer Gesamtbetrachtung der klanglichen und bildlichen Ähnlichkeiten und der Ähnlichkeit dem Sinn nach zu erfolgen. Dabei sind insbesondere die unterscheidungskräftigen und die prägenden Bestandteile zu berücksichtigen, da der Durchschnittsverbraucher eine Marke normalerweise als Ganzes wahrnimmt und hierbei nicht auf Einzelheiten achtet.⁴¹³

Hinzu kommt, dass der Verkehr nicht zu einer Analyse der Marken neigt und auch eher die Gemeinsamkeiten als die Unterschiede der Marken wahrnimmt.⁴¹⁴

Die Rechtsprechung hat hier eine Vielzahl von Fallgruppen zu den einzelnen Typen von Marken erarbeitet, deren Aufzählung den Umfang und die Zielsetzung dieser Arbeit sprengen würde. Es soll daher auch an dieser Stelle auf die umfangreiche Kommentierung verwiesen werden.⁴¹⁵

(5) Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgebot

In den meisten strafrechtlich verfolgten Fällen einer Kennzeichenverletzung bereitet die Feststellung der Verwechslungsgefahr und damit die Bejahung des §§ 143 Abs. 1 Nr. 1 2. Alt., 14 Abs. 2 Nr. 2 keine Schwierigkeiten. Ausgehend von einer mindestens normal kennzeichnungskräftigen älteren Marke – denn nur solche eignen sich zur Nachahmung zwecks Gewinnerzielung – verwendet der Täter ein identisches oder zumindest hochgradig ähnliches Zeichen, um nämlich gerade den Käufer durch Vorspiegelung der Originalware über die Herkunft des Produkts zu täuschen. Aus diesem Grund wird das Zeichen auch meist auf identischen oder zumindest ähnlichen Waren angebracht. Die Fälle, in denen das Zeichen auf völlig andersartigen Waren angebracht wird, um nämlich an dem Ruf oder der Wertschätzung der bekannten Marken zu partizipieren – sind in strafrechtlicher Hinsicht bislang noch nicht besonders in Erscheinung getreten.⁴¹⁶

Ungeachtet dessen werden durch den Verweis auf § 14 Abs. 2 Nr. 2 sämtliche Fallgruppen der Verwechslungsgefahr in den Straftatbestand einbezogen. Damit werden aber nicht nur die üblicherweise unter dem Schlagwort der „Produktpiraterie“ eingeordneten Fälle der unmittelbaren Verwechslungsgefahr erfasst, sondern auch alle sonstigen, bislang allenfalls zivilrechtlich sanktionierten Formen

⁴¹² Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 508.

⁴¹³ EuGH, vom 11. November 1997, C-251/95, Sabel / Puma, Abl. HABM Nr. 1/1998, S. 78 ff., RN 23.

⁴¹⁴ BGH vom 20. Dezember 2001, GRUR 2002, 342 (343) – Astra/Estra-Puren; vom 13. Januar 2000, GRUR 2000, 506 (509) – Attache/Tisserand.

⁴¹⁵ Ströbele/Hacker-Ströbele, MarkenG, § 9 RN 132 ff; Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 507 ff., Fezer, MarkenR, § 14 RN 146 ff.

⁴¹⁶ Vgl. dazu 5. Kapitel D. II. und III. 4. h) – Frage 8.

von Markenverletzungen.⁴¹⁷ Insbesondere ist eine Strafbarkeit auch bei lediglich mittelbarer Verwechslungsgefahr möglich. Diese liegt dann vor, wenn zwar die Zeichen auseinander gehalten werden können, aber aufgrund von Gemeinsamkeiten auch das jüngere Zeichen dem Markeninhaber zugeordnet wird.⁴¹⁸ Schließlich ist eine Strafbarkeit selbst dann theoretisch möglich, wenn die Verkehrskreise die Zeichen zwar unterschiedlichen Unternehmen zuordnen, sie jedoch das Bestehen von Unternehmensverbindungen vermuten, sog. Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne.⁴¹⁹

Insofern könnte die Abhängigkeit einer Strafbarkeit nach § 143 Abs. 1 Nr. 1 2. Alt., 14 Abs. 2 Nr. 2 von dem Vorliegen des unbestimmten Rechtsbegriffs der „Gefahr von Verwechslungen“ im Hinblick auf die oben A. II. erörterten Voraussetzungen des Bestimmtheitsgebots als verfassungsrechtlich problematisch erscheinen. Ohne weitere Erläuterungen erscheint der bei unbefangener Betrachtung zunächst völlig unpräzise erscheinende Begriff nicht das Kriterium einer vorhersehbaren Bestrafung zu erfüllen. Die Gesetzesbegründung zum MarkenG⁴²⁰ nimmt dazu nur bei der „Einbeziehung der gedanklichen Verbindung“ in den Straftatbestand Stellung, mit der keine Ausweitung der Strafbarkeit verbunden sein soll. Speziell auf das Bestimmtheitsgebot wird nur bei der Begründung der Einführung des subjektiven Kriteriums der absichtlichen Tatbegehung im neuen Straftatbestand der Ausnutzung bekannter Marken kurz eingegangen.

Auch in der Kommentarliteratur finden sich zu diesem Punkt nur wenige Stellungnahmen. Insbesondere Ingerl/Rohnke halten die weite Fassung des § 143 u.a. im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal der Verwechslungsgefahr für problematisch.⁴²¹ Hacker spricht das Bestimmtheitsgebot wie die Gesetzesbegründung nur im Rahmen der unten unter (6) zu erörterten „Einbeziehung der gedanklichen Verbindung“ an.⁴²² Gleiches gilt für Harte-Bavendamm/Holler, die Art. 103 Abs. 2 GG ebenfalls nur vor diesem Hintergrund erörtern und letztlich keine durchgreifende Bedenken sehen.⁴²³ Schließlich weist auch v. Zumbusch nur pauschal

⁴¹⁷ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 143 RN 10.

⁴¹⁸ Bspw. im Fall der Vermutung einer Zeichenabwandlung (Serienzeichen, Modernisierung) desselben Unternehmens. Zu den einzelnen Fallgruppen: Ingerl/Rohnke, § 14 RN 726 ff.

⁴¹⁹ EuGH vom 22. Juni 1999, C-342/97 – Lloyd, RN 23, WRP 1999, 806 (809) RN 17; Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 752 ff.

⁴²⁰ Begründung zum neuen Markenrecht, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, S. 119.

⁴²¹ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 10.

⁴²² Ströbele-Hacker-Hacker, MarkenG, § 143 RN 15.

⁴²³ Harte-Bavendamm/Holler, Handbuch der Markenpiraterie, 3. Kapitel, § 5 Abschnitt 4 B. II. 1. (S. 136), vgl. dazu unten (6).

auf mögliche Bestimmtheitsprobleme durch die Verwendung von im Zweifel erst durch den EuGH zu klärenden Rechtsbegriffen hin.⁴²⁴

Fezer und Ekey/Klippel erwähnen dagegen in ihren Kommentierungen zu den §§ 143 ff. das Bestimmtheitsgebot überhaupt nicht. Anscheinend gehen die Autoren dieser Praxiskommentare davon aus, dass sich aufgrund der geringen tatsächlichen Bedeutung von Strafverfahren im Markenrecht – die sich zudem bislang fast ausschließlich im Bereich eindeutiger Markenverletzungen abspielen –, mögliche Grenzfälle im Wege der restriktiven Auslegung lösen lassen. Gleiches gilt für Knaak, nach dem die Beurteilung der Verwechslungsgefahr in Zusammenhang mit der Markenpiraterie keine Rolle spielt. Schon für das Merkmal der „Verwechslungsgefahr“ sei in einem Straftatbestand der Markenpiraterie kein Platz.⁴²⁵

Auch in der sonstigen Literatur wird das Bestimmtheitsgebot meist nur im Rahmen der Erörterung des erweiterten Schutzes bekannter Marken und geschäftlicher Bezeichnungen erörtert und auch nur dort für problematisch gehalten.⁴²⁶

Für die Einbeziehung der Verwechslungsgefahr in den Straftatbestand wird mehr oder weniger pauschal angenommen, dass Art. 103 Abs. 2 GG dadurch Rechnung getragen wird, dass die Begriffe „Verwechslungsgefahr“ und „Ähnlichkeit“ durch die Rechtsprechung und Literatur relativ klare Konturen gewonnen haben.⁴²⁷ Eine Einschränkung der Tatbestände oder die im 7. Kapitel dargestellten Vorschläge zur Schaffung eines Sondertatbestands der Produktpiraterie werden meist mit der einfacheren Handhabung von klaren und eindeutigen Vorgaben begründet und weniger mit verfassungsrechtlichen Problemen.

Ungeachtet der im 7. Kapitel erörterten tatsächlichen Notwendigkeit oder Nichtnotwendigkeit der Einbeziehung der Verwechslungsgefahr in einen Straftatbestand soll nunmehr festgestellt werden, ob dadurch den vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Kriterien Genüge getan ist. Dabei wird vor allem zu untersuchen sein, ob es der Rechtsprechung gelungen ist, überzeugende Grundlagen für die Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals zu schaffen, die eine eindeutige Beurteilung des Einzelfalls ermöglichen und somit dem Normadressaten hinreichend verdeutlichen, welche Handlungen verboten sind und welche nicht.

Bei rein formaler Betrachtung könnte die Einhaltung dieser Anforderungen fraglich sein. Denn der neue Begriff der Verwechslungsgefahr in §§ 14 Abs. 2 Nr. 2, 9 Abs. 1 Nr. 2 ist nicht gleichzusetzen mit § 31 WZG, der sich nur auf das Verhält-

⁴²⁴ V. Schultz, MarkenR, § 143 RN 2.

⁴²⁵ Knaak, Die nationalen und internationalen Arbeiten gegen die Markenpiraterie, GRUR 1988, 1 (2), der dies aber vor allem mit der Aufgabe des Strafrechts begründet, nur den Kern der Marke treffende Schutzrechtsverletzungen zu verfolgen.

⁴²⁶ V. Gamm, Rufausnutzung und Beeinträchtigung bekannter Marken, FS für Piper, 537 (539).

⁴²⁷ Braun, Produktpiraterie, S. 147, 158 und 204 – noch zu § 25d WZG.

nis der Marken zueinander bezog.⁴²⁸ Bei strenger Beurteilung könnten somit für die Auslegung nur die zum neuen Markenrecht ergangenen höchstrichterlichen Urteile zu berücksichtigen sein. Selbst bei Vernachlässigung der „gesetzlichen“ Bestimmtheit könnte dann vom Bestehen einer langjährigen Rechtsprechung nicht unmittelbar ausgegangen werden. Zudem erscheint die Vielzahl an Fallgruppen, an denen jeweils die Verwechslungsgefahr ermittelt wird, zunächst nicht geeignet, von einem bestimmbareren Rechtsgehalt des Begriffs zu sprechen. Des Weiteren sind die einzelnen Elemente der Verwechslungsgefahr wie die „Warenähnlichkeit“, die „Zeichenähnlichkeit“ oder die „Kennzeichnungskraft“ dem Strafrecht fremd und wenig geeignet, willkürliche Entscheidungen zu vermeiden. Für mit der Spezialmaterie des gewerblichen Rechtsschutzes nicht vertraute Rechtsanwender muten die Entscheidungen tatsächlich oft willkürlich und unvorhersehbar, teilweise als reine Kasuistik an. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass angesichts der Strafandrohung von Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bereits für eine einfache vorsätzliche Markenverletzung aufgrund des potentiellen erheblichen Eingriffs in die individuelle Freiheit des Einzelnen ein hohes Maß an Bestimmtheit verlangt werden muss.

Diese Bedenken greifen bei genauerer Betrachtung nicht durch. Der Inhalt des Begriffs der Verwechslungsgefahr ist bei lebensnaher Betrachtung ausreichend genau zu bestimmen. Aufgrund seiner „zentralen“ Stellung im Markenrecht sind die Konturen des Begriffs im Hinblick auf die Anforderungen des BVerfG ausreichend ausgeformt, um dem potentiellen Täter zu verdeutlichen, was genau verboten ist und was nicht.

Die markenrechtliche Verwechslungsgefahr hat sich aus dem früheren Rechtsbegriff der „zeichenrechtlichen Übereinstimmung“, §§ 5 Abs. 4, 6 sowie § 31 WZG entwickelt und wird insoweit von mehreren Komponenten geprägt. Diese einzelnen Faktoren – namentlich die oben erwähnte Wechselwirkung zwischen Kennzeichnungskraft, Zeichen- und Waren-/Dienstleistungsähnlichkeit – sind in § 14 Abs. 2 Nr. 2 im Gesetzestext aufgeführt und durch eine mittlerweile sehr differenzierte höchstrichterliche Rechtsprechung⁴²⁹ gut zu bestimmen. Auch die in jahrzehntelanger Rechtsprechung entwickelten Grundsätze des Warenzeichengesetzes können zwar nicht unmittelbar, jedoch ergänzend und jeweils unter Berücksichtigung gradueller Unterscheide bei der Bestimmung der Verwechslungsgefahr herangezogen werden, da das neue Markengesetz keinen völligen Bruch mit den vormals geltenden Regeln mit sich brachte. So kann etwa für die Definition der Zeichenähnlichkeit auf die im WZG entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden.⁴³⁰ Hinzu kommt schließlich der regulative Einfluss der Recht-

⁴²⁸ Ströbele/Hacker-Ströbele, MarkenG, § 9 RN 13.

⁴²⁹ Tepitzky, Verwechslungsgefahr und Warenähnlichkeit im neuen Markenrecht, GRUR 1996, 1 (5).

⁴³⁰ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 508, s.o. (4).

sprechung des EuGH zum neuen Markenrecht, der in Zweifelfällen die Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale vorgegeben hat.⁴³¹ So verwendet der EuGH bei seiner Definition der Warenähnlichkeit eine der im deutschen Recht entwickelten Gleichartigkeitsprüfung im Wesentlichen entsprechende Formel.⁴³²

Der Rechtsgehalt des Tatbestandsmerkmals der Verwechslungsgefahr hat sich durch eine sehr umfangreiche und langjährige Rechtsprechung selbst in den Fällen der mittelbaren Verwechslungsgefahr oder der Vermutung von Unternehmensverbindungen breit entfaltet. Insbesondere existiert eine gefestigte Spruchpraxis zu den im Gesetz als Einzelkriterien der Verwechslungsgefahr angegebenen Faktoren der Waren-/Dienstleistungsähnlichkeit⁴³³ sowie zur Ähnlichkeit der Zeichen. Dies gestattet eine sachgerechte Einordnung des konkreten Einzelfalls. Für die fachgerichtliche Auslegung ist es somit schwerlich möglich, vom Gesetzeswortlaut losgelöste, völlig willkürliche und nicht nachvollziehbare Entscheidungen zu treffen. In streitigen Einzelfällen führen die üblichen Auslegungsmethoden im Zusammenhang mit dem Sinn und Zweck der Norm sowie der Gesetzssystematik zu sachgerechten und berechenbaren Ergebnissen. Anerkanntermaßen ist eine einschränkende Auslegung der Verwechslungsgefahr möglich, bspw. im Bereich der Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne, die nicht jede Art von Assoziationen als gedankliche Verbindung ausreichen lässt.⁴³⁴ Stets ist auch zu beachten, dass die im Zivilrecht mögliche Erweiterung der verbotenen Handlungsmodalitäten über den Gesetzeswortlaut hinaus im Strafrecht nicht möglich ist.⁴³⁵

Hinzu kommt, dass die im Rahmen der Bestimmtheitsprüfung zu berücksichtigenden Normadressaten ganz überwiegend Gewerbetreibende sind bzw. die Täter zumindest im geschäftlichen Verkehr handeln müssen. Solche Personen haben zwar kein Sonderwissen in Bezug auf Besonderheiten oder Fachtermini des Markenrechts, kommen jedoch mit Marken verstärkt in Berührung. Sie haben daher zumindest eine gewisse Vorstellung von dem Regelungsgehalt der einzelnen Tatbestände des Markenrechts. Aufgrund der Parallelwertung in der Laiensphäre besteht ein Grundverständnis von allgemeinen Begriffen wie die Zeichenähnlichkeit oder von gemeinsamen Merkmalen von Waren. Zwar führt dies nicht zu einer Verminderung der Anforderungen an die Bestimmtheit, jedoch ist davon auszu-

⁴³¹ EUGH vom 11. November 1997 – Sabel/Puma, GRUR 1998, 387 (389); vom 22. Juni 1999 – Lloyd, GRUR Int. 1999, 734 (736).

⁴³² EUGH vom 29. September 1998, GRUR 1998, 922 (923) – CANON.

⁴³³ Nachweise der Rsp. des EuGH und des BGH in Ströbele/Hacker-Ströbele, MarkenG, § 9 RN 57, der auch auf die „Anknüpfung an die hergebrachten Grundsätze des WZG“ verweist.

⁴³⁴ St. Rsp., BGH vom 25. Juni 1998, GRUR 1999, 240 (241) – Stephanskronen I, BPatG vom 18. September 1996, GRUR 1997, 293 (295) – Green Point/der grüne Punkt.

⁴³⁵ So schon zum WZG, Braun, Produktpiraterie, Kapitel 2., 7. a) (S.158).

gehen, dass das Tatbestandsmerkmal der Verwechslungsgefahr aufgrund seiner Bezugnahme auf von jedermann aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung erfassbarer Begriffe das Risiko einer Bestrafung hinreichend verdeutlicht.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass der Normadressat im Allgemeinen voraussehen kann, in welchen Fällen Gerichte §§ 143 Abs. 1 Nr. 1 2. Alt., 14 Abs. 2 Nr. 2 anwenden werden. Die – von der Rechtsprechung gemilderten – Voraussetzungen des Bestimmtheitsgebots werden erfüllt, es liegt durch die Einbeziehung der Verwechslungsgefahr kein rechtsverletzender Eingriff in Art. 103 Abs. 2 GG vor. Sofern es zur Strafverfolgung von umstrittenen Randfällen kommt, ist ggf. eine am Wortsinn und den einschlägigen Fallgruppen orientierte verfassungskonforme Auslegung vorzunehmen.

(6) Gedankliche Verbindung der Marken

Durch die volle Verweisung auf § 14 Abs. 2 Nr. 2 ist in den Straftatbestand des § 143 Abs. 1 Nr. 1 2. Alt. auch eine Markenverletzung aufgrund der Gefahr,

„dass das Zeichen mit der Marke gedanklich in Verbindung gebracht wird“,

einbezogen. Diese auf den ersten Blick völlig vage und unbestimmte Formulierung erscheint in verfassungsrechtlicher Hinsicht höchst problematisch.

Das Markengesetz hat mit dieser bislang in Deutschland nicht verwendeten Formulierung in § 14 Abs. 2 Nr. 2 a.E. fast wörtlich die entsprechenden Vorgaben der MRRL – Art. 4 Abs. 1 b) – übernommen. Sinn und Zweck dieser Einbeziehung war lange Zeit umstritten.⁴³⁶ Je nach Standpunkt wurde eine weite oder enge Auslegung vorgeschlagen, teilweise sollten sogar Fallgestaltungen der Rufausbeutung, der Rufschädigung und der Verwässerung einbezogen werden.⁴³⁷ Insofern wäre die Vorschrift mangels eines erkennbaren und eindeutigen Sinngehalts in strafrechtlicher Hinsicht nicht bestimmt genug, da eine einheitliche und berechenbare Bestimmung der Reichweite dieses Sonderfalls der Verwechslungsgefahr nicht besteht.

Bei näherer Betrachtung wird gleichwohl deutlich, dass die Einbeziehung der gedanklichen Verbindung der Zeichen gemäß den Ausführungen in der Gesetzesbegründung nur die im deutschen Recht entwickelten Grundsätze zur mittelbaren Verwechslungsgefahr und zur Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne widerspiegeln soll, ohne dass auf diese jedoch unmittelbar zurückgegriffen werden könnte.⁴³⁸ Auch der BGH hatte in seiner ersten zu dieser Problematik ergangenen Entscheidung nach Verneinung der Voraussetzungen der mittelbaren Verwechs-

⁴³⁶ Teplitzky, Verwechslungsgefahr und Warenähnlichkeit im neuen Markenrecht, GRUR 1996, 1 (2), m.w.N.

⁴³⁷ Nachweise bei Sack, Doppelidentität und gedankliches Inverkehrbringen, GRUR 1996, 663 (665).

⁴³⁸ Begründung zum neuen MarkenG, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, S. 65.

lungsgefahr darauf hingewiesen, dass unter das Erfordernis der gedanklichen Verbindung nicht jegliche wie auch immer geartete Assoziation fällt.⁴³⁹ Dem hatte sich das Bundespatentgericht angeschlossen, indem es davon ausging, dass es die parallele Formulierung in § 9 Abs. 1 Nr. 2 letzter Halbsatz nicht rechtfertigt, von den bislang durch die Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zur mittelbaren Verwechslungsgefahr dahingehend abzuweichen, jede mögliche gedankliche Verbindung als Lösungsgrund im Sinne von § 9 abzusehen.⁴⁴⁰

Jedoch konnte auch der BGH den Anwendungsbereich und die Reichweite dieser Tatbestandalternative nicht abschließend festlegen. Daher hat er in dem Verfahren „Springende Raubkatze“ die Angelegenheit dem EuGH vorgelegt mit der Frage, welche Bedeutung dem Wortlaut der Richtlinie zukommt, wonach die Verwechslungsgefahr die Gefahr der gedanklichen Verbindung einschließt.⁴⁴¹ Gemäß der Entscheidung des EuGH im Jahre 1997 begründet eine rein assoziative gedankliche Verbindung noch keine Gefahr von Verwechslungen. Der EuGH führte im Einzelnen aus,

„dass die Bestimmung nicht anwendbar ist, wenn für das Publikum keine Verwechslungsgefahr besteht.“⁴⁴²

Somit ist die Gefahr der gedanklichen Verbindung keine Alternative zum Begriff der Verwechslungsgefahr, sondern soll nur dessen Umfang genauer bestimmen. Die Literatur stimmte dieser Entscheidung mehrheitlich zu und bestätigte auch die dargestellten Ausführungen der Gesetzesbegründung, wonach keine verminderten Anforderungen an die Verwechslungsgefahr gestellt werden.⁴⁴³

Bezogen auf die Einbeziehung der gedanklichen Verbindung in den Straftatbestand ist Holler zudem der Ansicht, die hinreichend detaillierte Fassung des § 14 Abs. 2 Nr. 2 lasse erkennen, dass die gedankliche Verbindung von Zeichen und Marke auf den Grad der Zeichenübereinstimmung sowie die Branchennähe zurückzuführen ist. Auf Grundlage dieser durch den Normzusammenhang vermittelten Erkenntnisse könne § 143 Abs. 1 Nr. 1 2. Alt. i.V.m. 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG seine verhaltensbestimmende Wirkung entfalten.⁴⁴⁴

⁴³⁹ BGH vom 25. Oktober 1995, GRUR 1996, 200 (202) – Innovadiclophlont.

⁴⁴⁰ BPatG vom 1. Februar 1995, 26 W (pat) 148/93, GRUR 1995, 416 (417) – Rebenstolz.

⁴⁴¹ Beschluss vom 29. Juni 1995 – Springende Raubkatze, GRUR 1996, 198.

⁴⁴² EuGH vom 11. November 1997, C-251/95b - Sabel BV / Puma AG Rudolf Dassler Sport, RN 18, GRUR 1998, 387 (389).

⁴⁴³ Nachweise in Teplitzky, Verwechslungsgefahr und Warenähnlichkeit im neuen Markenrecht, GRUR 1996, 1 (2); auch Krüger, Zum gedanklichen Inverkehrbringen, GRUR 1995, 527 (530).

⁴⁴⁴ Harte-Bavendamm/Holler, Handbuch der Markenpiraterie, 3. Kapitel, § 5, Abschnitt 4, B. II. 1, (S. 136).

Im Lichte dieser Ausführungen, der Entstehungsgeschichte der MRRL und der eindeutigen Entscheidung des EuGH genügt die bloße Gefahr von gedanklichen Assoziationen ohne das Vorliegen einer der tradierten Fallgruppen von Verwechslungsgefahr nicht zur Begründung der Strafbarkeit. Sofern sich jedoch die Kennzeichenverletzung unter eine der in langjähriger Rechtsprechung entwickelten gefestigten Grundsätze zu den verschiedenen Arten der Verwechslung einordnen lässt, stellen sich keine durchgreifenden Probleme für die strafrechtliche Beurteilung unter dem Gesichtspunkt des Bestimmtheitsgebots. Es dürfen jedoch nur solche Verbindungen berücksichtigt werden, die durch die Zeichen selbst entstehen. Weitere, nur wettbewerbsrechtlich zu erfassende Umstände sind als Verbindungselemente ungeeignet.⁴⁴⁵ Sie lassen sich nicht am dem durch den Wortlaut der Norm vorgegebenen Kriterien festmachen und würden eine unzulässige Analogie bedeuten.

Probleme in strafrechtlicher Hinsicht würden sich erst ergeben, wenn man eine Erweiterung des Schutzes gegenüber dem bisherigen deutschen Markenrecht annehmen wollte. Die Gesetzesbegründung stellt explizit darauf ab, dass mit der Einbeziehung des Elements der „gedanklichen Verbindung“ insofern keine Ausweitung der Strafbarkeit verbunden ist.⁴⁴⁶

Im Ergebnis liegt ein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot aufgrund der Einbeziehung des unbestimmten Rechtsbegriffs „der gedanklichen Verbindung“ nicht vor. Gegebenenfalls ist für die strafrechtliche Beurteilung lediglich eine verfassungskonforme Auslegung durch wortsinngemäße Reduktion der Norm auf ihren Kernbereich vorzunehmen.

c) Erweiterter Schutz bekannter Marken, § 143 Abs. 1 Nr. 2

Mit § 143 Abs. 1 Nr. 2 wurde ein gegenüber dem Warenzeichengesetz neuer Straftatbestand der absichtlichen Verletzung bekannter Marken geschaffen. Diese Vorschrift regelt erstmals im Kennzeichenrecht den strafrechtlichen Bekanntheitsschutz von Marken unabhängig vom Bestehen von Verwechslungsgefahr. Mit der Einbeziehung in das neue Markengesetz ist der Besitzstand des Inhabers einer bekannten Kennzeichnung – welcher im Wettbewerb errungen wurde und einen enormen wirtschaftlichen Wert darstellt – in Gestalt von Kennzeichnungskraft und Werbewert (Goodwill) nunmehr gesetzlich anerkannt.⁴⁴⁷ Damit wird dem Grundsatz Rechnung getragen, dass ein Zeichen umso mehr Schutz genießt, umso bekannter es ist.⁴⁴⁸ Nachfolgend sollen die Voraussetzungen einer Strafbar-

⁴⁴⁵ OLG Hamburg vom 23. Januar 1997, GRUR 1997, 297 (298) – WM '94.

⁴⁴⁶ Begründung zum neuen MarkenG, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, S. 119.

⁴⁴⁷ Goldmann, Der Schutz von Unternehmenskennzeichen, 2. Teil § 14 B. I. 1. (RN 18).

⁴⁴⁸ Sack, Der Sonderschutz bekannter Marken, GRUR 1995, S. 81.

keit nach diesem neuen Tatbestandsvariante untersucht werden, die sich aufgrund der Anknüpfung an Ausbeutungs- und Behinderungsaspekte und der innerhalb des Tatbestandsmerkmals der „Unlauterkeit“ der Beeinträchtigung der bekannten Marke notwendigen Gesamtabwägung erkennbar an wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten orientiert.

(1) Allgemeines

Auch bei dieser Tatbestandsalternative lehnt sich der Gesetzestext wieder – diesmal mit Einschränkungen auf der subjektiven Seite – an das Zivilrecht an, nimmt nämlich Bezug auf den Sonderschutz der bekannten Marke nach § 14 Abs. 2 Nr. 3. Voraussetzung einer strafbaren Verletzung einer bekannten Marke nach §§ 143 Abs. 1 Nr. 2, 14 Abs. 3 Nr. 2 ist somit eine unlautere und nicht gerechtfertigte Markenausnutzung oder -beeinträchtigung außerhalb des Waren-/Dienstleistungsähnlichkeitsbereichs.

Mit der Norm werden insgesamt vier Fallgruppen zusammengefasst. Eine Verletzung liegt immer dann vor, wenn es sich bei der älteren Marke um eine

im Inland bekannte Marke

handelt und die Benutzung eines dazu ähnlichen oder identischen Zeichens die

Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung der bekannten Marke ausnutzt oder beeinträchtigt.

Der erweiterte Schutz erfordert also gerade keine Verwechslungsgefahr. Eine strafbare Markenverletzung kann vielmehr auch dann vorliegen, wenn ein großer Abstand zwischen den jeweiligen Waren oder Dienstleistungen besteht. Zweck dieser Regelung ist der Schutz der über den Bereich der Warenähnlichkeit hinausreichenden außerordentlichen Werbekraft einer Marke, die sie sich aufgrund ihrer Bekanntheit erworben hat.⁴⁴⁹ Hinzu kommt, dass die Markeninhaber selbst heutzutage versuchen, dass mit ihren Marken verbundene Image auf immer mehr Waren und Dienstleistungen auszubreiten. Dies nutzen die Nachahmer aus, in dem sie die bekannten Zeichen auch auf unähnlichen Waren anbringen, um vom Renommee der älteren Kennzeichnungen zu profitieren.

Früher wurde die Rufausbeutung oder -schädigung von bekannten Kennzeichen nur zivilrechtlich über § 1 UWG geregelt. Schutz vor Verwässerung von berühmten Marken gewährte die Rechtsprechung nach § 12 BGB für Unternehmensnamen sowie durch die §§ 1 UWG, 823 Abs. 1, 1004 BGB, sog. Eingriff in den eingerichteten und ausgerichteten Gewerbebetrieb. Es handelt sich bei der Neuregelung um die Kodifikation eines besonderen wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes. Dabei wurde zum einen von der Option des Art. 5 Abs. 2, Art. 4 Abs. 4

⁴⁴⁹ Hubmann/Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 40, II. 3. (S. 292).

a) der MRRL Gebrauch gemacht, aber zum anderen auch die Anforderungen der herrschenden Lehre und der Rechtsprechung eingearbeitet.

Vorzustellen bleibt, dass die Verletzung einer bekannten Marke nur dann strafbar ist, wenn der Täter das Zeichen in der Absicht benutzt, die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung der bekannten Marke auszunutzen oder zu beeinträchtigen. Der Gesetzgeber hat den Tatbestand gegenüber der zivilrechtlichen Regelung eingeschränkt. Es soll eine zu weite Fassung des Tatbestands verhindert und den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots ausreichend Rechnung getragen werden.⁴⁵⁰ Darauf wird im Rahmen der Bestimmtheitsprüfung (dazu unten (8)) sowie bei der Erörterung des subjektiven Tatbestands (dazu unten 2. c)) näher eingegangen.

(2) Bekannte Marke

aa) Allgemeines, Bekanntheit im Inland

Erste Voraussetzung der Strafbarkeit ist das Vorliegen einer älteren bekannten Marke. Die Bekanntheit wird zunächst weder im Markengesetz noch in der MRRL definiert. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll auf qualitative und auf quantitative Kriterien abgestellt werden.⁴⁵¹ Qualitativ geht es um alle Vorstellungen, welche die Wertschätzung beeinflussen können, mithin den sog. „guten Ruf“ als den Inbegriff der positiven Publikumserwartung.⁴⁵² Quantitativ kommt es auf den erforderlichen Grad der Verkehrsbekanntheit an, wobei keine festen Grenzen auszumachen sind. Der EuGH spricht in seinem Chevy-Urteil⁴⁵³ von einer rechtserheblichen Bekanntheitsschwelle, wenn die Marke einem bedeutenden Teil des von den Waren betroffenen Publikums bekannt ist. Es kann jedoch nicht verlangt werden, dass die Marke einem bestimmten Prozentsatz des in dieser Weise definierten Publikums geläufig ist. Dem hat sich der BGH angeschlossen, indem er für die Bekanntheitsprüfung insbesondere den Marktanteil der Marke, die Intensität, die geografische Ausdehnung und die Dauer ihrer Benutzung sowie den Umfang der Investitionen, die das Unternehmen zu ihrer Förderung getätigt hat, zugrunde legt.⁴⁵⁴ Insofern hängt der erforderliche Bekanntheitsgrad nicht allein von einem bestimmten Prozentsatz ab, sondern es ist stets auf den Einzelfall abzustellen. Ungeachtet dessen kann die Bekanntheit nach wie vor auf Basis von Umfrageergebnissen bejaht werden.⁴⁵⁵

⁴⁵⁰ Begründung zum neuen MarkenG, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, S. 119.

⁴⁵¹ Begründung zum neuen MarkenG, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, S. 66.

⁴⁵² Rößler, Die Ausnutzung der Wertschätzung bekannter Marken, GRUR 1994, 559 (563).

⁴⁵³ EuGH vom 14. September 1999, C-375/97 – CHEVY, GRUR Int. 2000, 73 (75).

⁴⁵⁴ BGH vom 12. Juli 2001, GRUR 2002, 340 (341) – Fabergé.

⁴⁵⁵ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 808.

Die Bekanntheit muss ausweislich des Wortlauts des § 14 Abs. 2 Nr. 3 „im Inland“ bestehen. Jede andere Auslegung ist mit dem die Grenze der Auslegung bestimmenden Wortsinn nicht vereinbar und kommt für das Strafrecht aufgrund des Analogieverbots, Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB nicht in Betracht. Jedoch ist die Art und Weise der Bekanntheitserlangung im Inland vom Wortlaut nicht vorgegeben, so dass nicht unbedingt eine Benutzung erforderlich ist. Es genügt also die erlangte Bekanntheit aufgrund der Fernwirkung von im Ausland gestarteten Werbekampagnen oder die Berichterstattung über die Marke.⁴⁵⁶ Sollte die verletzte Marke nur regional bekannt sein, kommt es darauf an, ob dadurch die Bekanntheitsschwelle auch im gesamten Bundesgebiet überschritten wird.⁴⁵⁷ Die erhöhten Anforderungen des Strafrechts werden damit zweifellos gewahrt, der Wortlaut lässt eine solche Auslegung zu.

Fraglich ist allenfalls die Beurteilung regional begrenzter Bekanntheit – die bspw. nur in den alten oder aber den neuen Bundesländern vorliegen kann – jedoch nicht zu einem Überschreiten der Bekanntheitsschwelle im gesamten Bundesgebiet führt. Nach Auffassung des EuGH genügt mangels einer einschränkenden Präzisierung in der MRRL die Bekanntheit in einem wesentlichen Teil eines Mitgliedsstaats.⁴⁵⁸ Eine entsprechende Auslegung soll in Deutschland gelten.⁴⁵⁹ Auch ging schon der BGH in seiner Rechtsprechung zu § 1 UWG davon aus, dass Bekanntheit bspw. in Bayern und Baden-Württemberg genügt.⁴⁶⁰ In strafrechtlicher Hinsicht bleibt dazu anzumerken, dass eine solche Auslegung mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbar ist. Das Tatbestandsmerkmal „im Inland“ gibt zunächst keine Aussage darüber, ob die Bekanntheit im gesamten Inland oder nur in einem Teil vorliegen muss. Auch die amtliche Begründung zum neuen MarkenG bezieht dazu keine Stellung, sondern verweist lediglich auf die Inanspruchnahme der Option des Art. 4 Abs. 4 lit. a der MRRL.⁴⁶¹ Orientiert am Sinn und Zweck der Norm sowie an ihrer Entstehungsgeschichte im europäischen Kontext spricht somit nichts gegen die Bejahung des Tatbestandsmerkmals, sofern die Bekanntheit in einem „wesentlichen“ Teil des Inlands vorliegt. In diesem Fall ergeben sich – auch aufgrund der eindeutigen Rechtsprechung – keine Unsicherheiten für den strafrechtlich verfolgten – und noch dazu absichtlich handelnden – Verletzer einer bekannten Marke. Er kann davon ausgehen, dass die Bekanntheit in einem wesentlichen Teil des Bundesgebiets der Bekanntheit in ganz Deutschland gleichsteht. Jede andere Betrachtung wäre lebensfremd und würde die Anforderungen

⁴⁵⁶ H.M., Nachweise in Ströbele/Hacker-Hacker, Markengesetz, § 14 RN 159.

⁴⁵⁷ Vgl. nur Ingerl/Rohnke, Markengesetz, § 14 RN 476.

⁴⁵⁸ EuGH vom 14. September 1999, C-375/97 – CHEVY, GRUR-Int. 2000, 73 (75).

⁴⁵⁹ Ganz h.M.: Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 799; Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 14 RN 159.

⁴⁶⁰ BGH vom 29. November 1990, GRUR 1991, 465 – Salomon.

⁴⁶¹ Begründung zum neuen MarkenG, BI f. PMZ 1994, Sonderheft, S. 66 (zu § 9 MarkenG).

des Bestimmtheitsgebots übersteigern. Bedenken ergeben sich nur, wenn die Bekanntheit nur in einem vernachlässigbaren Teil des Inlands vorliegt. In diesem Fall wäre die Grenze zulässiger Auslegung überschritten, da nicht mehr mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbar.

bb) Notorisch bekannte Marken

Die Einbeziehung der notorisch bekannten Marken nach § 4 Nr. 3 MarkenG, Art. 6^{bis} PVÜ in das Markengesetz erfolgte in Umsetzung der MRRL. Daher ist auch die vorsätzliche Verletzung einer notorisch bekannten Marke strafbewehrt. Der Schutzbereich nach §§ 4 Nr. 3, 14 Abs. 2 Nr. 3, 143 Abs. 1 Nr. 2 ist stets eröffnet, soweit die notorisch bekannte Marke auch im Inland benutzt wird, denn in diesen Fällen wird i.d.R. Verkehrsbekanntheit vorliegen.⁴⁶² Dies ist natürlich vom Tatrichter festzustellen.

Ein selbständiger Anwendungsbereich ist bei der Nachahmung von im Inland nicht benutzten, aber trotzdem bekannten ausländischen Marken eröffnet.⁴⁶³ Aber auch hier ist erforderlich, dass sie im Inland die notorische Bekanntheit genießen.⁴⁶⁴ Um auch strafrechtlichen Schutz zu erhalten, muss die notorisch bekannte Marke die Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 Nr. 3 erfüllen. Dann ist der Tatbestand des § 143 Abs. 1 Nr. 2 eröffnet, so dass Gleichlauf zwischen verkehrsbekanntem und den notorisch bekannten⁴⁶⁵ Marken besteht. Im Ergebnis kann durch die notorisch bekannten Marken ein nicht zu unterschätzender länderübergreifender strafrechtlicher Schutz gegen Markenpiraterie ermöglicht werden, ohne dass sie in den jeweiligen Ländern eingetragen oder benutzt werden müssen. Gerade solche überragend bekannte Marken sind aber oftmals Gegenstand von Verletzungshandlungen.

cc) Exkurs: Demoskopie im Strafrecht

Die Feststellung der Bekanntheit ist zwar ein Rechtsbegriff, die Grundlage der Feststellung ist jedoch dem Beweis zugänglich. Auch die amtliche Begründung spricht davon, dass es in quantitativer Hinsicht auf den vor allem durch Verkehrsbefragung nachweisbaren Grad der Verkehrsbekanntheit ankommt.⁴⁶⁶

Im Strafrecht kann die Beweiserhebung aufgrund Offenkundigkeit, § 244 Abs. 3 S.2 StPO oder Gerichtsbekanntheit, § 244 Abs. 4 S.1 StPO, überflüssig sein. Auch können hinreichende Indiztatsachen wie das Alter der Marke, der Marktan-

⁴⁶² Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 789.

⁴⁶³ Grundlegend BGH vom 2. April 1969, GRUR 1969, 607 ff. – Recrin; LG Hamburg vom 5. Mai 1999, CR 1999, 785 (787) – animalplanet.com.

⁴⁶⁴ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 4 RN 27.

⁴⁶⁵ Fezer, Markenrecht, § 4 RN 227, spricht hier von „Allbekanntheit“.

⁴⁶⁶ Begründung zum neuen MarkenG, Bl. für PMZ, Sonderheft 1994, S. 66 (zu § 9).

teil, das Ausmaß der Werbung etc. vorliegen, von denen unmittelbar auf die Bekanntheit der Marke geschlossen werden kann.⁴⁶⁷ Ansonsten wird oftmals Beweis erhoben durch Sachverständigengutachten, wobei sich die Umfrage durch ein Meinungsforschungsinstitut anbietet.⁴⁶⁸

Im Zivilprozess wird davon ausgegangen, dass ein solches Gutachten ein zuverlässiges und geeignetes Beweismittel zur Feststellung der Verkehrsauffassung ist.⁴⁶⁹ Für das Strafrecht lassen sich hingegen nur wenige Beispiele finden, die sich mit der Thematik beschäftigen.⁴⁷⁰ Überwiegend wird eine Umfrage mit der Begründung abgelehnt, es würden plebiszitäre Elemente in die Urteilsfindung getragen, was dieser als obrigkeitlichen Akt widerspreche.⁴⁷¹ Auch werden Manipulationen befürchtet. Schließlich sei die Einbeziehung in die Beurteilung der Strafbarkeit bedenklich, denn anders als im Zivilrecht gehe es im Strafrecht grundsätzlich um die Verteidigung allgemein anerkannter Güter. Dies setze jedoch einen breiten Konsens innerhalb der Rechtsgemeinschaft über die gezogene Verteidigungslinie voraus.⁴⁷²

Diesen Argumenten kann in der dargestellten Pauschalität nicht zugestimmt werden. Die Bekanntheit einer Marke ist ein normativer Rechtsbegriff und setzt sich gemäß der oben unter aa) dargestellten Rechtsprechung des EuGH und des BGH aus verschiedenen Bewertungselementen zusammen. Die Feststellung der Bekanntheit auf Basis dieser Kriterien bleibt dabei stets dem Gericht vorbehalten. Ein Gutachten kann – insbesondere nach der neueren Rechtsprechung – nur einen Teil der quantitativen Elemente der Bekanntheit belegen. Diese fließen dann in die Entscheidung des Gerichts ein und bilden die Tatsachengrundlage der Bewertung. Auch können Manipulationen bei ordnungsgemäßer Auswahl eines renommierten Sachverständigen und anerkannten – und nachprüfbarer – Befragungsmethoden wohl ausgeschlossen werden. Hier gilt nichts anderes als für jeden anderen Sachverständigen. Insofern macht eine Unterscheidung zwischen Straf- und Zivilrecht in diesem Punkt keinen Sinn.

Für die Anwendung von Sachverständigengutachten durch Umfragen spricht schließlich die Tatsache, dass auch im Strafverfahren regelmäßig psychologische Gutachten über den Täter eingeholt werden. Das Gericht darf in diesen Fällen gar

⁴⁶⁷ OLG Hamburg vom 4. Juni 1998, GRUR 1999, 339 – Ives Roche, vgl. oben aa)

⁴⁶⁸ Boes/Deutsch, Die „Bekanntheit“ nach dem neuen Markenrecht und ihre Ermittlung durch Meinungsumfragen, GRUR 1996, 168 (170); zur Umfragemethodik: Eichmann, Gegenwart und Zukunft der Rechtsdemoskopie, GRUR 1999, 939 (950).

⁴⁶⁹ BGH vom 13. März 1956, GRUR 1957, 426 (428).

⁴⁷⁰ Müller, Demoskopie in der Zitadelle des Strafrechts, GRUR 1986, 420 (421), FN 25.

⁴⁷¹ OLG Celle vom 8. Februar 1979, JR 1980, 256 – Zum Tatbestandsmerkmal der „Verteidigung der Rechtsordnung“ in § 47 Abs. 1 StGB.

⁴⁷² Gribboswky, Strafbare Werbung, V. 4. A. (S. 92).

keine eigene Beurteilung vornehmen.⁴⁷³ Gutachten zur Feststellung der Bekanntheit eines Zeichens als objektives Tatbestandsmerkmal stellen jedoch nichts prinzipiell anderes dar.⁴⁷⁴ Das Gericht sollte vielmehr vorsichtig sein, allzu schnell eine eigene Sachkunde anzunehmen. Denn schon aufgrund der statistischen Fehler, die mit zunehmender Fallzahl abnehmen, ist eine Stichprobengröße von eins (für den Einzelrichter) bis drei oder fünf (für das Kollegium) zwangsläufig mit erheblichen Fehlerquellen belastet.⁴⁷⁵ Gerade dies wäre mit den strengen Voraussetzungen des Strafrechts nicht vereinbar, da sich eine fälschliche Bejahung der Bekanntheit zu Ungunsten des Beklagten auswirken kann. Hinzu kommt der regelmäßig höhere Bildungsgrad von Richtern im Vergleich zur Gesamtbevölkerung.

Auf der anderen Seite ist zu beachten, dass entsprechende Umfragen sehr teuer sind. Fünfstellige Summen werden schnell erreicht. Das Gericht muss im Strafprozess aber auch die Verhältnismäßigkeit zwischen der zu erwartenden Strafe und den Gerichtskosten herstellen, die im Falle der Verurteilung dem Angeklagten zu Last fallen, § 465 StPO.⁴⁷⁶ In einfach gelagerten Fällen mit zu erwartendem niedrigem Strafmaß darf das Gericht daher im Zweifelsfall kein Gutachten erstellen lassen. Das Tatbestandsmerkmal der Bekanntheit muss in diesen Fällen offen gelassen werden, sofern keine anderen Indizien, zweifellose Sachkunde des Gerichts oder Offenkundigkeit vorliegen.

Des Weiteren ist zuzugeben, dass bei sehr bekannten Marken, möglicherweise an der Grenze zur „Berühmtheit“⁴⁷⁷, die Feststellung der Bekanntheit keinen durchgreifenden Bedenken begegnen wird. Dies geht einher mit der Auffassung des EuGH, wonach das nationale Gericht nur bei besonderen Schwierigkeiten berechtigt sein soll, eine Verbraucherbefragung in Auftrag zu geben oder ein Sachverständigengutachten einzuholen.⁴⁷⁸ Begründet wird dies mit dem Abstellen auf die mutmaßliche Erwartung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers, zu dem auch die Mitglieder des Gerichts gehören.

Schließlich ist auch die Feststellung der Bekanntheit durch demoskopische Gutachten am Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG zu messen. Die Einholung eines Gutachtens zur Bestimmung der Bekanntheit einer Marke muss dem verfas-

⁴⁷³ BGH vom 24. November 1982, NStZ 1983, 357.

⁴⁷⁴ Müller, Demoskopie in der Zitadelle des Strafrechts, GRUR 1986, 420 (422).

⁴⁷⁵ So auch Müller, aaO, 424.

⁴⁷⁶ AG Krefeld, Az 2 b Cs 251/64, zitiert nach Bürglen, Klärung lebensmittelrechtlicher Kennzeichnungsfragen, GRUR 1980, 368 (371).

⁴⁷⁷ Eine berühmte Marke iSd Rsp. zu §§ 823 Abs.1, 1004 BGB wurde bei mindestens 70% Bekanntheit angenommen, vgl. dazu Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 467.

⁴⁷⁸ EuGH vom 16. Juli 1998, C-210/96 – Gut Springenheide, GRUR Int. 1998, 795.

sungsrechtlich notwendigen Maß an Messbarkeit und Vorausberechenbarkeit⁴⁷⁹ genügen. Dies ist jedoch gerade im Vergleich zu der nur vermeintlich objektiven Meinung eines Richterkollegiums der Fall. Ein Gutachten über die Bekanntheit genügt daher grundsätzlich den verfassungsrechtlichen Anforderungen.

Zu erwähnen bleibt hier nur noch, dass die Meinung des Verkehrs über die Bekanntheit von der Vorstellung des Täters abweichen kann. Dies schließt aber die Bejahung des Tatbestandsmerkmals der Bekanntheit nicht aus, es handelt sich vielmehr um einen unter unten 5. zu erörternden Tatbestands- bzw. Verbotsirrtum.

dd) Einbeziehung qualitativer Elemente

Neben der quantitativen Bestimmung der Bekanntheit durch das Gericht oder ein Gutachten setzt sich diese nach der dargestellten Chevy-Entscheidung des EuGH auch aus weiteren Faktoren zusammen. Erforderlich soll eine wertende Beurteilung sein, in die die quantitative Bekanntheit im demoskopischen Sinne als nur einer von mehreren Faktoren eingeht.⁴⁸⁰ Danach könnte in strafrechtlicher Hinsicht fraglich sein, ob weitere – auch von der Gesetzesbegründung erwähnten – qualitativen Gesichtspunkte im Strafverfahren einbezogen werden können. Sofern also ein besonders „guter Ruf“ einer Marke vorliegt, könnte dies in der Gesamtbetrachtung eine niedrigere Bekanntheitsquote ausgleichen.

Ungeachtet der möglichen Bestimmtheitsprobleme spricht gegen die Einbeziehung des „guten Rufs“ jedoch schon, dass diese nur für die beiden Tatbestandsalternativen der Rufausbeutung bzw. der Rufbeeinträchtigung „passt“, nicht aber z.B. für die Schwächung der Unterscheidungskraft. Hier spielt der „Ruf“ einer Marke keine Rolle, auch ein bekanntes Zeichen mit neutralem oder schlechtem Ruf kann in seiner Unterscheidungskraft beeinträchtigt werden. Auch aus dem Grund, dass die Wertschätzung in den ersten beiden Varianten des Tatbestands dann doppelt geprüft werden müsste, ist die Ansicht vorzugswürdig, wonach die Bekanntheit zumindest im Strafrecht wertneutral zu konkretisieren ist.⁴⁸¹ Dafür spricht weiter, dass der Kriterienkatalog der EuGH einen guten Ruf oder eine besondere Wertschätzung bei der Bekanntheitsfeststellung nicht umfasst.⁴⁸²

Mit dieser Auslegung werden Kollisionen mit dem Bestimmtheitsgrundsatz vermieden. In verfassungsrechtlicher Hinsicht stellt die Einbeziehung dieser „weichen“ Faktoren also solange kein Problem dar, sofern die Bekanntheit in quantitativer Hinsicht vorliegt. Damit wird dem Wortlaut der „Bekanntheit“ als „von vie-

⁴⁷⁹ Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 20 RN 86.

⁴⁸⁰ EuGH vom 14. September 1999, C-375/97 – CHEVY, RN 26 und 27; GRUR Int. 2000, 73 (75); BGH vom 12. Juli 2001 – Fabergé, GRUR 2002, 340 (341).

⁴⁸¹ Boes/Deutsch, Volker, Die „Bekanntheit“ nach dem neuen Markenrecht und ihre Ermittlung durch Meinungsumfragen, GRUR 1996, 168 (169).

⁴⁸² Nachweise bei Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 815.

len gewusst“⁴⁸³ Genüge getan. Welche genaue Quote dafür anzusetzen ist, ist nicht wesentlich. Der Rechtsbegriff kann vielmehr im Wege der vom BGH vorgegebenen Gesamtbetrachtung ermittelt werden. Ohne das Vorliegen einer ausreichenden quantitativen Bekanntheit kann hingegen keine Bestrafung erfolgen, ungeachtet eines möglichen besonderen Rufs.

(3) Zeichenähnlichkeit

Hinsichtlich der zur Erfüllung des Tatbestands notwendigen Zeichenidentität oder Zeichenähnlichkeit gelten die gleichen Voraussetzungen wie bei der strafbaren Benutzung einer verwechselbar ähnlichen Kennzeichnung nach § 143 Abs. 1 Nr. 1 MarkenG. Die vom Gesetz verwendeten Begriffe stimmen mit den Tatbestandsmerkmalen des § 14 Abs. 2 Nr. 1 und 2 überein⁴⁸⁴, weshalb eine abweichende Auslegung auch im Strafrecht nicht geboten ist. Jedoch ist zu berücksichtigen, dass ein Ausnutzen des Rufs oder eine Beeinträchtigung der Wertschätzung typischerweise nur bei besonders deutlicher Zeichenähnlichkeit in Betracht kommen wird.⁴⁸⁵ Die Zeichenähnlichkeit als Faktor der Verwechslungsgefahr muss insofern im Lichte des erweiterten Schutzes bekannter Kennzeichen betrachtet werden. Ansonsten ergeben sich für die strafrechtliche Beurteilung keine Besonderheiten, zumal es letztlich auf die – in verfassungsrechtlicher Hinsicht noch zu untersuchende – Gesamtabwägung ankommt.

Anzumerken ist jedoch die manchmal übersehene Selbstverständlichkeit, dass in Fällen, in denen mangels Zeichenähnlichkeit keine Verwechslungsgefahr vorliegt – bspw. weil der beim Vergleich der Zeichen identische Bestandteil das jüngere Zeichen nicht prägt – auch eine mögliche Strafbarkeit nach § 143 Abs. 1 Nr. 2 ausscheiden muss.⁴⁸⁶

(4) Warenähnlichkeit

Keine Voraussetzung des erweiterten Schutzes bekannter Marken ist das Bestehen von Warenähnlichkeit. Im Gegenteil beschränkt sich die unmittelbare Anwendung dieser Tatbestandsalternative gemäß dem Wortlaut auf die Benutzung von Waren,

die nicht denen ähnlich sind,

⁴⁸³ Duden: Das große Wörterbuch der deutschen Sprache in 10 Bänden.

⁴⁸⁴ Fezer, MarkenR, § 14 RN 430; BGH vom 27. April 2000, GRUR 2000, 875 – Davidoff; Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 823 m.w.N.; a.A. Ströbele/Hacker-Hacker, § 14 RN 142; zum Meinungsstreit auch Goldmann, Der Schutz des Unternehmenskennzeichen, 2. Teil § 14 B. IV. 2. (RN 62 – 69).

⁴⁸⁵ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 824.

⁴⁸⁶ BGH vom 6. Dezember 1990, GRUR 1991, 609 – SL / Uno 70 SL.

für welche die bekannte Marke Schutz genießt, § 14 Abs. 2 Nr. 3. Diese negative Formulierung im Gesetzestext soll Überschneidungen mit dem Tatbestand des § 14 Abs. 2 Nr. 2 vermeiden.

Aufgrund des angeblich unklaren, da im Widerspruch zur gesetzgeberischen Intention stehenden Wortlauts⁴⁸⁷ ist es im Zivilrecht streitig, ob die Anwendung des erweiterten Schutzes der bekannten Marken auch angenommen werden kann, wenn das verletzende Zeichen für Waren/Dienstleistungen benutzt wird, die im Ähnlichkeitsbereich zu den Waren/Dienstleistungen der bekannten Marke liegen.⁴⁸⁸ Begründet wird die Einbeziehung dieses Schutzes mit dem Gedanken des „erst recht“ Schutzes⁴⁸⁹ sowie mit pragmatischen Gründen, um nämlich eine Gesetzeslücke zu vermeiden. Es sei erstrebenswert, einen Schutz der bekannten Marke auch innerhalb des Ähnlichkeitsbereichs zu erreichen, da für diese Fälle ein noch dringenderes Schutzbedürfnis bestehe.⁴⁹⁰

Vorgeschlagen werden einerseits eine direkte Anwendung des § 14 Abs. 2 Nr. 3, da die Formulierung „nicht denen ähnlich“ kein eigenständiges Tatbestandsmerkmal sei.⁴⁹¹ Die Vorschrift sei dahingehend auszulegen, dass der Bekanntheitsschutz das Vorliegen von Verwechslungsgefahr voraussetzt. Weitere Lösungsansätze plädieren für eine extensive Auslegung des Begriffs des „gedanklichen Inverkehrbringens“ in § 14 Abs. 2 Nr. 2⁴⁹² oder für einen Rückgriff auf § 1 UWG. Schließlich wird eine analoge Anwendung von § 14 Abs. 2 Nr. 3 bei ähnlichen Waren/Dienstleistungen vorgeschlagen.⁴⁹³ Letzterer Auffassung haben sich mittlerweile auch der BGH und der EuGH angeschlossen.⁴⁹⁴ Die Vorschrift sei nach ihrem Sinn und Zweck – im Einklang mit den Anforderungen des Art. 5 Abs. 2 MRRL – entsprechend anzuwenden, da der Markeninhaber in diesen Fällen noch schutzbedürftiger sei als in den vom Wortlaut direkt erfassten Fällen.⁴⁹⁵

⁴⁸⁷ Deutsch, Zur Markenverunglimpfung, GRUR 1995, 319 (320).

⁴⁸⁸ Instruktiv zu den verschiedenen Ansätzen: Eichmann, Der Schutz bekannter Kennzeichen, GRUR 1998, 201 (206).

⁴⁸⁹ Keller, Der Schutz eingetragener Marken gegen Rufausnutzung, S.120.

⁴⁹⁰ Z.B. im Mars-Fall: BGH vom 10. Februar 1994, GRUR 1994, 808 – Markenverunglimpfung I (Schokoladenriegel nicht ähnlich mit Kondomen); und im Nivea-Fall, BGH vom 19. Oktober 1994, GRUR 1995, 57 ff. – Markenverunglimpfung II (Kondome können ähnlich zu Körperpflegemitteln sein). Beide Fälle sollten aber nicht unterschiedlich behandelt werden.

⁴⁹¹ Fezer, MarkenR, §14 RN 431.

⁴⁹² Sack, Der Sonderschutz bekannter Marken, GRUR 1995, 81 (87).

⁴⁹³ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 489, a.A.: Eichmann, Der Schutz von bekannten Kennzeichen, GRUR 1998, 201, 206.

⁴⁹⁴ EuGH vom 9. Januar 2003, GRUR 2003, 240 – Davidoff; auf Vorlage des BGH vom 27. April 2000, GRUR 2000, 875 – Davidoff; sowie nunmehr BGH vom 30. Oktober 2003, GRUR 2004, 235 – Davidoff II.

⁴⁹⁵ BGH vom 30. Oktober 2003, GRUR 2004, 235 (238) – Davidoff II.

Diese Entscheidung zugunsten eines erweiterten Anwendungsbereichs des § 14 Abs. 2 Nr. 3 ist nicht auf das Markenstrafrecht übertragbar. Zwar kann auch hier eine Auslegung vorgenommen werden, welche die maßgebliche Bedeutung der Norm untersucht und den Sinngehalt eines Tatbestandsmerkmals ermittelt. Gegenstand der strafrechtlichen Auslegung kann nach den vom BVerfG aufgestellten Kriterien aber immer nur der Gesetzestext sein. Entscheidend ist letztlich der noch mögliche Wortsinn, orientiert an dem Verständnis des möglichen Verletzers einer bekannten Marke. Dieser markiert die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation.⁴⁹⁶

Eine Erweiterung des an dieser Stelle sprachlich eindeutigen Tatbestands des § 143 Abs. 1 Nr. 3, 14 Abs. 2 Nr. 3 muss dem Gesetzgeber vorbehalten sein. Mag auch dessen Absicht – die sich natürlich an der MRRL orientiert hat – in diese Richtung gegangen sein, so hat sie in dem als solchen klaren Wortlaut des Gesetzes keinen Ausdruck gefunden und kann unter dem Gesichtspunkt des Art. 103 Abs. 2 GG nicht als maßgeblich betrachtet werden.⁴⁹⁷ Das Gebot der Bestimmtheit verlangt die Erkennbarkeit und Vorhersehbarkeit der Strafandrohung durch den Normadressat. Insofern ist auch die von Fezer vorgeschlagene direkte Anwendung vom Wortlaut nicht erfasst.⁴⁹⁸ Der Gesetzgeber muss sich beim Wort nehmen lassen. Es ist seine Sache zu entscheiden, ob er die sich aus einer möglichen Strafbarkeitslücke ergebende Lage bestehen lassen oder eine neue Regelung schaffen will.⁴⁹⁹ Dies gilt auch dann, wenn als Folge der wegen des Bestimmtheitsgebots möglichst konkret abzugrenzenden Strafnorm besonders gelagerte Einzelfälle aus dem Anwendungsbereich eines Strafgesetzes herausfallen, mag auch das Verhalten in ähnlichen Fällen strafwürdig erscheinen.⁵⁰⁰

Im Ergebnis ist der Anwendungsbereich des § 143 Abs. 1 Nr. 2, 14 Abs. 2 Nr. 3 auf nicht ähnliche Waren oder Dienstleistungen zu beschränken.⁵⁰¹ Die Vorschrift muss verfassungskonform dahingehend angewendet werden, dass eine Bestrafung nur bei einem wortlautgemäßen Verstoß möglich ist.⁵⁰² Auch die extensive Anwendung des Verwechslungstatbestands⁵⁰³ auf die Fälle des § 143 Abs. 1 Nr. 2, 14 Abs. 2 Nr. 3 erscheint im Strafrecht nicht angebracht. Das Hervorrufen eine

⁴⁹⁶ BGH vom 12. März 1952, BGHSt 4, 144 (148); BVerfG vom 8. März 1990, NStZ 1990, 394, BGH vom 13. November 1979, BGHSt 29, 129 (133).

⁴⁹⁷ BVerfG vom 17. Januar 1978, NJW 1978, 933 (935) – zu § 184 Abs. 1 Nr. 7 StGB.

⁴⁹⁸ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 4 RN 827.

⁴⁹⁹ BVerfG vom 17. Januar 1978, BVerfGE 47, 109 (124).

⁵⁰⁰ BVerfG vom 17. Januar 1979 (!), BVerfGE 50, 142 (165).

⁵⁰¹ So auch Ströbele/Hacker, MarkenG, § 143 RN 17.

⁵⁰² Remmert, Schutz von bekannten Marken bei Produktähnlichkeit, MarkenR 2000, 242 (244).

⁵⁰³ Weberndörfer, Bedeutung des Schutzzumfangs, MarkenR 2001, 439; ablehnend Kur, Schnittstellen, GRUR 2001, 137 (139).

Verwechslungsgefahr ist auf die betriebliche Herkunft beschränkt, dem Herstellen einer gedanklichen Verbindung kommt über die tradierten Fallgruppen keine eigenständige Bedeutung zu. Es erscheint zur Vermeidung von Bestimmtheitsproblemen sinnvoller, mit dem EuGH den Schutzzumfang einer Marke mit steigendem Bekanntheitsgrad zu erweitern⁵⁰⁴, als neue Fallgruppen zu erschließen, die mit den dargestellten Kriterien des BVerfG nicht vereinbar sind. Das Kriterium der Verwechslungsgefahr wäre in diesem Fall überdehnt und nicht mehr ausreichend bestimmbar.

Man gelangt so zu dem zunächst paradox erscheinenden Ergebnis, dass die Nachahmung einer bekannten Marke für identische oder ähnliche Waren oder Dienstleistungen nicht nach §§ 143 Abs. 1 Nr. 2, 14 Abs. 2 Nr. 3 strafrechtlich verfolgt werden kann, eine Strafbarkeit außerhalb des Ähnlichkeitsbereichs jedoch sehr wohl möglich ist. Dies kollidiert zwar mit der Auffassung, wonach es gerade als Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden angesehen wird, eine Verletzung innerhalb des Ähnlichkeitsbereichs zu verfolgen, nicht jedoch die schwierige Beurteilung zwischen der noch rechtmäßigen Benutzung und der bereits unzulässigen Verwendung bekannter Marken außerhalb der Warenähnlichkeit vorzunehmen.⁵⁰⁵ Eine Korrektur dieses möglichen Missstands ist aber dem Gesetzgeber vorbehalten. Die legale Ausnutzung einer Gesetzeslücke macht das Gesetz nicht unmittelbar zweckuntauglich. Sofern die Tatbestandsformulierung im Übrigen weitgehend ihren Zweck erfüllt, so ist sie in verfassungsrechtlicher Hinsicht ausreichend.⁵⁰⁶

(5) Beeinträchtigung der Rechtsposition des Inhabers der bekannten Marke

aa) Allgemeines

Die Bekanntheit der älteren Marke reicht für den Schutz gegen Benutzung eines identischen oder ähnlichen Zeichens nicht aus. Es muss zusätzlich zur Tathandlung eine Schädigung der Rechte des Zeicheninhabers hinzukommen, sog. Verletzungswirkung.⁵⁰⁷ Diese besteht darin, dass durch die Benutzung des jüngeren Zeichens die Wertschätzung oder die Unterscheidungskraft der älteren bekannten Marke in unlauterer Weise ausgenutzt oder beeinträchtigt wird.⁵⁰⁸ Daraus ergeben sich insgesamt vier Fallgruppen, die sich jedoch häufig überschneiden. Traditionell wird unterschieden zwischen der

⁵⁰⁴ EuGH vom 29. September 1998, GRUR 1998, 922 – CANON.

⁵⁰⁵ Knaak, Die nationalen und internationalen Arbeiten gegen Produktpiraterie, GRUR Int. 1988, 1 (5).

⁵⁰⁶ BVerfG vom 17. Januar 1978, NJW 1978, 933 (934) – zu § 184 Abs. 1 Nr. 7 StGB.

⁵⁰⁷ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 836.

⁵⁰⁸ Fezer, MarkenR, § 143 RN 16.

- Rufschädigung (Beeinträchtigung der Wertschätzung),
- Rufausbeutung (Ausnutzung der Wertschätzung)
- Verwässerung (Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft)
- Aufmerksamkeitsausbeutung (Ausnutzung der Unterscheidungskraft).

Nach dem EuGH liegt eine Verletzung umso eher vor, je größer die Wertschätzung oder die Unterscheidungskraft der bekannten Marke ist.⁵⁰⁹ Es handelt sich damit auch bei diesen Tatbestandsalternativen um ein bewegliches System der verschiedenen Merkmale. Zu beachten ist, dass es auf das tatsächliche Vorliegen der Ausnutzung oder der Beeinträchtigung ankommt, weshalb diese Tatbestandsalternativen als Erfolgsdelikte zu behandeln sind. Die im Zivilrecht teilweise als ausreichend angenommene Gefährdung der Rechtsposition des Markeninhabers kommt im Strafrecht nicht in Frage. Der die Grenze der Auslegung bestimmende Wortlaut des § 14 Abs. 2 Nr. 3, nämlich „... und die Benutzung ... die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung ... ausnutzt oder beeinträchtigt“ ist insofern eindeutig und lässt für die strafrechtliche Betrachtung keine andere Auslegung zu.

bb) Beeinträchtigung / Ausnutzung der Wertschätzung

Die Wertschätzung wird verkörpert durch die positiven Eigenschaften, die eine Marke verkörpert. Üblicherweise wird hier auf den „Werbewert“, den „Goodwill“, oder das „Image“ abgestellt.⁵¹⁰ Zur Bestimmung der Wertschätzung sollen darüber hinaus weitere für ein gutes Markenimage verantwortliche Vorstellungen wie Tradition, Exklusivität, Unternehmensbedeutung, Prestige oder hohe Umsätze herangezogen werden.⁵¹¹ Diese entspricht den bei der Bekanntheit erwähnten qualitativen Faktoren, wobei jedoch an dieser Stelle die Wertschätzung explizit als Tatbestandsmerkmal erfasst wird und daher keine – dem Wortlaut und der systematischen Stellung widersprechende und damit nach der hier vertretenen im Strafrecht unzulässige – Subsumption unter die „Bekanntheit“ erfolgen muss.

Gleichwohl sind generalklauselartige Normen in Bezug auf das notwendige Maß an Bestimmtheit nach der Rechtsprechung des BVerfG immer dann problematisch, wenn sie den Richter zur Berücksichtigung von Sitte und Anstand verpflichten. Hier können nämlich gerade die verschiedenen Wertvorstellungen ein sicheres positives oder negatives Urteil über ein menschliches Verhalten ausschließen.⁵¹² In Bezug auf das Tatbestandsmerkmal der „Wertschätzung“ könnte

⁵⁰⁹ EuGH vom 14. September 1999, C-375/97 - Chevy, RN 30, GRUR Int. 2000, 73 ff.

⁵¹⁰ Eichmann, Der Schutz von bekannten Kennzeichen, GRUR 1998, 201 (203).

⁵¹¹ BGH vom 29. November 1984, GRUR 1985, 550 (552) – DIMPLE; vom 9. Dezember 1982, GRUR 1983, 247 (248) – Rolls-Royce.

⁵¹² Nachweise in Sch/Sch-Eser, StGB, § 1 RN 22.

die Bestimmtheit fraglich sein, da ein positives Markenimage von der – durchaus unterschiedlichen – Erwartung der Verkehrskreise bestimmt wird.

Wie oben (1) dargestellt handelt es sich beim erweiterten Schutz bekannter Marken um eine Kodifikation wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes. Zwar war die Einbeziehung wettbewerbsrechtlicher Tatbestände bei der Neufassung des MarkenG streitig.⁵¹³ Unbestritten ist aber auch, dass das Markengesetz nicht nur in § 14 Abs. 2 Nr. 3, sondern auch an zahlreichen weiteren Stellen, so bspw. in § 8 Abs. 2 Nr. 5, § 23 oder beim Irreführungsschutz der geographischen Herkunftsangaben die unterschiedlichsten wettbewerbsrechtlichen Elemente übernommen hat. Das Markenrecht stellt nach richtiger Ansicht nur einen Ausschnitt des Wettbewerbsrechts dar.⁵¹⁴ Auch der EuGH sieht im Markenrecht einen wesentlichen Bestandteil des Systems eines unverfälschten Wettbewerbs.⁵¹⁵ Es sind daher nicht mehr nur allein die Vorstellungen des Markeninhabers, sondern auch diejenigen der Abnehmer der Waren und somit letztlich alle Verbraucher und die Allgemeinheit geschützt und zu berücksichtigen. Insofern gebietet es der Schutzzweck der Norm gerade, bei der Ermittlung des Merkmals der Wertschätzung auch auf die Sichtweise dieses Personenkreises abzustellen. Dass die Orientierung der Wertschätzung an der jeweiligen Verbrauchervorstellung und diese unter Umständen mit Rücksicht auf eine rechtlich beachtliche Minderheit zu bestimmen ist, vermag jedenfalls nicht per se die Verfassungswidrigkeit des Tatbestandsmerkmals zu begründen.⁵¹⁶

Eine Beeinträchtigung der Wertschätzung – auch bezeichnet als Rufschädigung⁵¹⁷ – stellt die Übertragung negativer Vorstellungen auf die bekannte Marke dar. Dies kann durch die Verwendung des ähnlichen/identischen Zeichens für Waren wesentlich schlechterer Art und Güte oder durch andere Handlungen geschehen, die sich auf das Image der bekannten Marke negativ auswirken können.⁵¹⁸ Diese Art der Verletzung ist regelmäßig einfach nachzuweisen, sofern es sich um eine offene Markenverunglimpfung handelt. Eine Beeinträchtigung des Ansehens wurde in der Vergangenheit aber auch bei der Verwendung eines zur bekannten Marke ähnlichen Zeichens durch Unternehmen mit schlechtem Ansehen sowie bei einem sog. „inkompatiblen Zweitgebrauch“⁵¹⁹ angenommen.

⁵¹³ V. Gamm, Zur Warenzeichenrechtsreform, WRP 1993, 793 (794).

⁵¹⁴ Nachweise in Hubmann/Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 5 VI. 3

⁵¹⁵ EuGH vom 17. Oktober 1990, C-10/89 – HAG II; GRUR Int. 1990, 960 (961).

⁵¹⁶ So auch zum Merkmal der Irreführenden Angabe im Rahmen der Strafnorm des § 4 UWG a.F., OLG Stuttgart vom 1. März 1981 – statt-Preise, GRUR 1981, 750; Der Senat geht in dieser Entscheidung im Übrigen von der hinreichenden Bestimmtheit des Straftatbestands aus.

⁵¹⁷ Begründung zum neuen Markengesetz, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, S. 66.

⁵¹⁸ Sack, Der Sonderschutz bekannter Marken, GRUR 1995, 81 (83).

⁵¹⁹ Dies sind insbesondere die Fälle der Verwendung für Produkte, die nach Art und Image nicht zu den

Ein Ausnutzen der Wertschätzung geschieht durch eine kommerzielle Verwertung im Sinne eines Imagetransfers. Im Gegensatz zum ursprünglich rein wettbewerblichen Schutz muss jedoch gerade die Benutzung des identischen oder ähnlichen Zeichens durch den Täter das Ausnutzen der Wertschätzung – auch bezeichnet als Rufausbeutung oder Rufübertragung – bewirken.⁵²⁰ Dies ist immer dann der Fall, wenn der Täter am guten Ruf der prioritätsälteren Marke schmarrrotzt, sich also den in ihr verkörperten „Goodwill“ über einen Imagetransfer zunutze macht.⁵²¹ So profitiert ein Zeichen von der Anlehnung an eine bekannte Marke, indem es als Vorspann für eigenes Marketing benutzt wird. Zur Feststellung der Verletzungswirkung soll eine wettbewerbliche Gesamtbetrachtung des Verhaltens des Täters erforderlich sein.⁵²²

cc) Ausnutzen / Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft
(Markenverwässerung)

Der Begriff der Unterscheidungskraft ist von zentraler Bedeutung im Markenrecht. Nur Zeichen, die originär zur Unterscheidung von Waren/Dienstleistungen eines Unternehmens von solchen anderer Unternehmen geeignet sind, sind unterscheidungsfähig, § 3 Abs. 1. Eine Registereintragung kann bei fehlender Unterscheidungskraft normalerweise nicht erfolgen, § 8 Abs. 2 Nr. 1.⁵²³ Im Rahmen der §§ 143 Abs. 1 Nr. 2, 14 Abs. 2 Nr. 3 geht der Begriff jedoch über die originäre Unterscheidungskraft hinaus, soll vielmehr mit der Kennzeichnungskraft als Faktor der Verwechslungsgefahr gleichzusetzen sein.⁵²⁴ Unterscheidungskraft ist die Eignung der bekannten Marke, sich bei den maßgeblichen Verkehrskreisen einzuprägen. Ein bekanntes Zeichen mit großer Kennzeichnungs- und Werbekraft soll den Schutz gegen die Beeinträchtigung verdienen.⁵²⁵ Denn die Verbraucher orientieren sich an dem bekannten Kennzeichen zur Abgrenzung von anderen Produkten. Im normalen Sprachgebrauch wird das Wort dagegen nicht verwendet. Gleichwohl ist die Bedeutung von „unterscheiden“ als „in besonderen Merkmalen nicht übereinstimmend“ bzw. „etwas trennen“ dem Publikum bekannt.⁵²⁶

Waren der bekannten Marke passen, Nachweise zu allen aufgeführten Beispielen bei Hacker/Ströbele-Hacker, MarkenG, § 14 RN 183.

⁵²⁰ Eichmann, Der Schutz von bekannten Kennzeichen, GRUR 1998, 201 (203).

⁵²¹ Hubmann/Götting, gewerblicher Rechtsschutz, § 40 II. 3. (S. 293).

⁵²² Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 849.

⁵²³ Ausnahme sind verkehrsdurchgesetzte Marken, vgl. § 8 Abs. 3.

⁵²⁴ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 506, s.o. B. I. 1. b) (2).

⁵²⁵ BGH vom 22. November 2001, GRUR 2002, 622 (625) – shell.de.

⁵²⁶ Duden, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache in 10 Bänden.

Die Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft soll ausweislich der Gesetzesbegründung⁵²⁷ jeweils einen Verwässerungstatbestand darstellen. Eine Verwässerung kommt dabei vor allem bei der Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft in Frage, z. B. wenn die Bekanntheit einer Marke zur Aufmerksamkeitswerbung benutzt wird.⁵²⁸ Dadurch wird die Eignung der bekannten Marke zur Unterscheidung reduziert. Die Ausnutzung der Unterscheidungskraft bildet hingegen einen Auffangtatbestand für die Fälle, in denen die Ausnutzung der Wertschätzung in Form des Imagetransfers nicht sicher festgestellt werden kann⁵²⁹ oder gar keine Wertschätzung vorliegt. Dies kann der Fall sein, wenn positive Assoziationen gerade nicht ausgelöst oder angestrebt werden, gleichwohl vom Verletzer ein Kommunikationsvorsprung erzielt wird. Diese Beeinträchtigung des Wiedererkennungseffekts zur Aufmerksamkeitsausbeutung wurde in der Vergangenheit bejaht bei der Ausnutzung des bloßen Scherz- oder Kontrasteffekts oder bei wahlloser Verwendung bekannter Marken zu dekorativen Zwecken.⁵³⁰

(6) Unlauterkeit der Beeinträchtigung / der Ausnutzung

Die Herbeiführung der Verletzungswirkung ist nicht stets verwerflich, es muss nach der schon zu § 1 UWG ergangenen Rechtsprechung des BGH zur objektiven Rufausbeutung etc. etwas Anstößiges hinzutreten.⁵³¹ Dies entspricht der wettbewerbsrechtlichen Sichtweise, wonach die Anlehnung an eine fremde Leistung, nicht ohne weiteres als wettbewerbswidrig zu beurteilen ist. Vielmehr bedarf es jeweils besonderer Umstände, die die Verwerflichkeit begründen können.⁵³² Insofern soll auch der Straftatbestand durch dieses Merkmal eingegrenzt werden, eröffnet es nämlich die Möglichkeit der Abwägung der betroffenen Interessen und der Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls.⁵³³

Die Anstößigkeit der Tathandlung wird in den Fällen der Rufausbeutung regelmäßig dann angenommen, wenn eine Beziehung des eigenen Angebots zur gewerblichen Leistung eines anderen (nur) deshalb hergestellt wird, um vom fremden Ruf zu profitieren. Bei den anderen Tatbestandsvarianten wird dagegen die Anstößigkeit intensiver zu prüfen sein.⁵³⁴ Je stärker dabei der Bekanntheitsgrad, die Alleinstellung, der Werbewert und die Möglichkeiten der Rufverwertung der

⁵²⁷ Begründung zum neuen Markengesetz, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, S. 66.

⁵²⁸ Fezer, MarkenR, § 14 RN 427.

⁵²⁹ Eichmann, Der Schutz von bekannten Kennzeichen, GRUR 1998, 201 (204).

⁵³⁰ Nachweise zur Rechtsprechung bei Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 861 und 862.

⁵³¹ BGH vom 5. Dezember 1996, GRUR 1997, 311 (312) – Yellow phone; BGH vom 20. März 1997, GRUR 1997, 754 – grau/magenta.

⁵³² BGH vom 19. Oktober 1994, GRUR 1995, 57, 59 – Markenverunglimpfung II.

⁵³³ Eichmann, Der Schutz von bekannten Kennzeichen, GRUR 1998, 201 (206).

⁵³⁴ Nachweise bei Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 14 RN 185.

bekannten Marke, desto eher soll die unlautere Beeinträchtigung zu bejahen sein.⁵³⁵ Während jedoch im Zivilrecht die Unlauterkeit indiziert sein kann oder – z.B. bei identischer Zeichenverwendung – vermutet wird, muss sie im Rahmen der Strafverfolgung positiv festgestellt werden. In die Abwägung gehen dabei auch die Freistellungstatbestände des § 23 ein, die ebenfalls unter dem Vorbehalt der Sittenwidrigkeit stehen. Insoweit gehen diese Schranken des Kennzeichenschutzes in §§ 143 Abs. 1 Nr. 2, 14 Abs. 2 Nr. 3 auf und besitzen diesbezüglich keinen eigenen Anwendungsbereich.⁵³⁶

Die Unlauterkeit, bei der es sich nach der Begründung zum Gesetzesentwurf um eine Norm des Gemeinschaftsrechts handelt, soll mit den Grundsätzen der nationalen Rechtsprechung zur Unlauterkeit des Eingriffs in Kennzeichenrechte aufgefüllt werden.⁵³⁷ Ingerl/Rohnke betonen, dass das Tatbestandsmerkmal dem Begriff des Verstoßes gegen die guten Sitten in § 23 nahe steht.⁵³⁸ Nach Fezer soll die Feststellung des Tatbestandsmerkmals der Unlauterkeit eine wettbewerbsrechtliche Gesamtbeurteilung der kennzeichenrechtlichen Tatbestände der Markenausbeutung und der Markenverwässerung voraussetzen.⁵³⁹ Will betont die Notwendigkeit einer europarechtlichen Bestimmung und macht das Vorliegen einer unlauteren Handlungsweise von einem Abweichen eines fairen Geschäftsgebarens abhängig.⁵⁴⁰ Schiwiek schließt sich dem an, will aber die Bewertung nicht nur dem Markenrecht entnehmen, sondern auch die Rechtsquellen des Wirtschaftsverkehrs berücksichtigen. Beispielsweise erlaube die Regelung der vergleichenden Werbung in § 2 UWG a.F. eine Beeinträchtigung der Wertschätzung einer bekannten Marke, sofern die Angaben objektiv nachprüfbar und nicht pauschal herabsetzend sind. Zudem geht er davon aus, dass die Fälle der lauterer Markenbenutzung selten sind und auch in den Fällen der Produkt- und Markenpiraterie kaum jemals vorliegen werden.⁵⁴¹

Ungeachtet dieser sicherlich richtigen Überlegungen lässt jede der Auslegungsansätze einen sehr großen Spielraum bei der vorzunehmenden Interessenabwägung zu. Der vom Gesetzgeber angestrebte Gewinn an Flexibilität wird durch eine gesteigerte Unbestimmtheit und der damit einhergehenden Rechtsunsicherheit er-

⁵³⁵ EuGH v. 14. September 1999, C-375/99, Erwägungsgrund 30, GRUR Int. 2000, 73 (75) - Chevy; Sack, Sonderschutz bekannter Marken, GRUR 1995, 81 (85).

⁵³⁶ BGH vom 14. Januar 1999, GRUR 1999, 992 (994) – BIG PACK; zu den Schranken des § 23 vgl. unten 3. b).

⁵³⁷ Begründung zum neuen MarkenG, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, S. 66.

⁵³⁸ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 845.

⁵³⁹ Fezer, MarkenR, § 14, RN 428.

⁵⁴⁰ Will, Der Markenschutz nach § 14 MarkenG, S. 181.

⁵⁴¹ Schiwiek, Die Strafbarkeit der Markenpiraterie, Vierter Teil, D. I. 7. (S. 98).

kauft.⁵⁴² Auch Deutsch weist auf die mögliche Wirkungslosigkeit aufgrund des großen Spielraums bei der Interessenabwägung hin.⁵⁴³ Goldmann stellt die schwierigen Beweisfragen von subjektiven Unlauterkeitserwägungen in den Vordergrund und vertritt im Übrigen die Ansicht, dass sie einem besitzstandsbezogenen Schutz nicht mehr angemessen sind.⁵⁴⁴ Es wird daher im Folgenden zu prüfen sein, ob das Tatbestandsmerkmal „in unlauterer Weise“ hinreichend bestimmt ist. Aufgrund der Verknüpfung mit dem Eintritt der Verletzungswirkungen ist eine isolierte verfassungsrechtliche Bewertung jedoch nicht angezeigt. Eine Erörterung soll vielmehr nachfolgend (8) im Gesamtkontext vorgenommen werden.

(7) Nichtvorliegen eines rechtfertigenden Grundes

Letzte Voraussetzung des objektiven Tatbestands ist, dass das tatgegenständliche Handeln ohne rechtfertigenden Grund erfolgt. Auch dieser Begriff entstammt Art. 4 Abs. 4 a) MRRL und ist insoweit gemeinschaftskonform auszulegen. In der „Chevy“-Entscheidung hat der EuGH ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Schutz nach Art. 5 Abs. 2 MRRL zusätzlich eine Beeinträchtigung ohne rechtfertigenden Grund voraussetzt.⁵⁴⁵ Aus der Formulierung „ohne rechtfertigenden Grund“ ist zu schließen, dass der rechtfertigende Grund ein negatives Tatbestandsmerkmal ist.⁵⁴⁶ Dies hat zur Folge, dass die strafbare Verletzung der bekannten Marke nur festgestellt werden kann, sofern kein solcher Grund vorliegt. Auch im Falle des zweifelhaften Vorliegens eines rechtfertigenden Grundes ist zugunsten des Täters vom Nichtvorliegen des negativen Merkmals auszugehen. Eine Bestrafung kann dann nicht erfolgen.

Etwaige Rechtfertigungsgründe werden meist schon in die Unlauterkeitsprüfung hineinwirken, so dass eine Überschneidung der beiden Tatbestandsmerkmale angenommen werden kann.⁵⁴⁷ Im Bereich der Verletzung bekannter Marken ist insbesondere an übergeordnete Rechtfertigungsgründe wie Meinungs-, Presse- oder Kunstfreiheit⁵⁴⁸, oder die Wahrnehmung berechtigter eigener Interessen zu den-

⁵⁴² Rößler, Die Ausnutzung der Wertschätzung bekannter Marken im neuen Markenrecht, GRUR 1994, 559 (567).

⁵⁴³ Deutsch, Zur Markenverunglimpfung – Anmerkungen zu den BGH-Entscheidungen "Mars" und "Nivea", GRUR 1995, 319 (320).

⁵⁴⁴ Goldmann, Der Schutz des Unternehmenskennzeichens, 2. Teil, § 14 B. VI. 1. a) (S. 247).

⁵⁴⁵ EuGH v. 14. September 1999, C-375/97, GRUR Int. 2000, 73 ff.

⁵⁴⁶ Fezer, MarkenR, § 14 RN 429. Bei einer Betrachtung als negatives Tatbestandsmerkmal ist zu beachten, dass nur bei Vorliegen des vollständigen – möglicherweise später gerechtfertigten - Tatbestands eine strafbare Teilnahme möglich ist.

⁵⁴⁷ Piper, Der Schutz bekannter Marken, GRUR 1996, 429 (435); Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 14 RN 188. Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 844.

⁵⁴⁸ BVerfG vom 12. Dezember 2000, GRUR 2001, 170 – Benetton-Schockwerbung; vom 6. Februar

ken. Weitere rechtfertigende Gründe können solche des Gemeinschaftsrechts sein, etwa die Freiheit des Waren- und Dienstleistungsverkehrs. Schließlich sollen medienpolitische Aspekte der Programmgestaltung oder die Notwendigkeit der Begrenzung von Monopolstellungen zu beachten sein.⁵⁴⁹ Auf diese Rechtfertigungsgründe wird unten unter 3. näher eingegangen.

(8) Bestimmtheit des Tatbestands

aa) Allgemeines

Die Ausführungen zu den einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen der Verletzung bekannter Marken machen deutlich, dass sich einzelne Merkmale wie das Vorliegen einer „im Inland bekannten Marke“ oder das Bestehen einer „Wertschätzung“ bzw. deren „Beeinträchtigung“ vergleichsweise gut bestimmen lassen. Die Inhaltsermittlung wird dabei auch durch die Verwendung dieser Begriffe im normalen Sprachgebrauch erleichtert. Insofern wird in den meisten Fällen die Feststellung einer Rufausbeutung oder Rufschädigung als unlautere Beeinträchtigung oder Ausnutzung der Wertschätzung einer bekannten Marke keine Probleme bereiten.

Schwieriger wird die Abgrenzung zwischen dem noch erlaubten Verhalten und der Bejahung einer Strafbarkeit jedoch schon bei im allgemeinen Sprachgebrauch weniger üblichen Elementen wie des Umfangs der „Unterscheidungskraft“ einer bekannten Marke. Die Ausnutzung dieser Kennzeichnungs- und Werbekraft der bekannten Marke sowie die von der Rechtsprechung in diesem Zusammenhang zusätzlich geforderte „greifbare Beeinträchtigung“ lassen sich aus dem Wortlaut zunächst nicht zweifelsfrei feststellen. Weitere Probleme bei der Feststellung des Gehalts der Norm könnte auch die Verknüpfung mit dem zusätzlichen Erfordernis „in unlauterer Weise und ohne rechtfertigenden Grund“ bereiten. Diese sollen zwar grundsätzlich den Tatbestand einschränken, die Eignung dazu darf aufgrund der weiten Fassung aber bezweifelt werden. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass sich die einzelnen Tatbestandsmerkmale im Rahmen der Gesamtabwägung gegenseitig beeinflussen. Ob damit insgesamt dem Erfordernis der Bestimmtheit genüge getan wird, soll nachfolgend untersucht werden.

Der Gesetzgeber hat dabei zunächst versucht, die mögliche Bestimmtheitsproblematik zu umgehen, indem er das zusätzliche subjektive Tatbestandsmerkmal der Ausnutzungs- oder Beeinträchtigungsabsicht in § 143 Abs. 1 Nr. 2 aufnahm.³⁹³ Dazu ist anzumerken, dass damit zwar eine engere Fassung des gesamten Straftatbestands erreicht wird, jedoch das Risiko einer zu großen Unbestimmtheit des

2002, WRP 2002, 430 – Tierfreundliche Mode.

⁵⁴⁹ Ekey/Klippel, MarkenR, § 14 RN 135.

³⁹³ Begründung zum neuen MarkenG, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, S. 119.

objektiven Tatbestands nicht beseitigt wird. Denn auch die absichtliche Beeinträchtigung einer bekannten Marke ändert nichts an dem möglichen Problem, ob die Tathandlung noch ein erlaubtes Verhalten darstellt oder schon unter die Strafnorm fällt. Insofern hängt die Beurteilung der Bestimmtheit des objektiven Tatbestands nicht mit dem Vorliegen einer zusätzlich erforderlichen subjektiven Komponente zusammen. Zur Erfüllung der verfassungsrechtlichen Anforderungen ist diese Einführung der zusätzlichen subjektiven Komponente jedenfalls nicht geeignet.

Im Rahmen der Einbeziehung wettbewerbsrechtlicher Komponenten in das Markengesetz stufen einzelne Autoren bereits im Zivilrecht den Tatbestand des § 14 Abs. 2 Nr. 3 aufgrund der weiten, generalklauselartigen Ausgestaltung als bedenklich oder zumindest für die praktische Handhabung hinderlich ein.³⁹⁴ Piper vertrat 1996 die vergleichsweise moderate Auffassung, dass Inhalt und Grenzen dieser markenrechtlichen Regeln zumindest noch der forensischen und wissenschaftlichen Aufarbeitung bedürfen.³⁹⁵ Ansonsten wurde die Frage nach der Bestimmtheit im Rahmen des § 143 Abs. 1 Nr. 2 bislang nur selten gestellt und meist auch aufgrund der vorrangigen zivilrechtlichen Auseinandersetzung recht pauschal beantwortet. So weist bspw. von Gamm auf die zulässige zivilrechtliche Auslegung der Norm aufgrund einer Interessenabwägung im Rahmen der jahrzehntelangen Rechtsprechung des § 1 UWG hin, geht jedoch von einer in strafrechtlicher Hinsicht zu beanstandenden Unbestimmtheit aus.³⁹⁶ Meister spricht bei § 14 Abs. 2 Nr. 3 von einer „Anhäufung offener Tatbestände“ bei denen die Gefahr bestünde, dass sie so konzipiert seien, dass die Rechtsprechung nicht mit ihnen fertig wird.⁵⁵⁰ Auch nach Ingerl/Rohnke bestehen „erhebliche Bestimmtheitsprobleme“ u.a. im Rahmen des erweiterten Schutzes bekannter Kennzeichen nach § 143 Abs. 1 Nr. 2.⁵⁵¹ Hacker verweist in seiner Kommentierung nunmehr immerhin auf die Nichtanwendbarkeit von § 143 Abs. 1 Nr. 2 innerhalb des Warenähnlichkeitsbereichs, da es insoweit an der verfassungsrechtlich notwendigen Bestimmtheit fehle.⁵⁵² V. Zumbusch schließlich hält die Verweisung auf unbestimmte, auf Grund der Vorgreiflichkeit der MRRL im Zweifel erst durch den EuGH zu klärende Rechtsbegriffe nicht für in jeder Hinsicht klar und unzweifelhaft.⁵⁵³

³⁹⁴ Vgl. die Nachweise oben (6).

³⁹⁵ Piper, Der Schutz der bekannten Marken, GRUR 1996, 429.

³⁹⁶ V. Gamm, Rufausnutzung und Beeinträchtigung bekannter Marken und geschäftlicher Bezeichnungen, FS Piper, 1995, 537 (539).

⁵⁵⁰ Meister, Die Verteidigung von Marken, WRP 1995, 366 (370).

⁵⁵¹ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 143 RN 10

⁵⁵² Ströbele/Hacker-Hacker, § 143 RN 17; vgl. dazu oben (4).

⁵⁵³ V. Schultz, MarkenR, § 143 RN 2.

Eichmann dagegen ist – ebenfalls im Rahmen der Diskussion um die Tatbestandsmerkmale „ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise“ – der Ansicht, dass Wertungen des Wettbewerbsrechts immer mehr Einzug in das Markenrecht halten. Straftaten bzw. Ordnungswidrigkeiten seien u.a. auch irreführende Werbemaßnahmen, Anschwärzungen sowie die Gewährung von unzulässigen Rabatten und Zugaben nach UWG. Die Rechtspraxis zeige, dass auch hier die Bewertung und Abwägung von Interessen häufig unumgänglich ist. Der Erwägungsspielraum sei dabei vielfach sogar wesentlich breiter angelegt als bei der Frage, ob eine Ausnutzung/Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft/ Wert-schätzung einer bekannten Marke stattfindet.⁵⁵⁴

Auch nach *Goldmann* können die sich ergebenden Auslegungsfragen mit den herkömmlichen Methoden bewältigt werden.⁵⁵⁵ Eine enge Verzahnung mit der bisherigen Rechtsprechung zu § 1 UWG sei nicht nötig, zumal es die vier Fallgruppen in ihrer Präzision mit dem bisherigen Richterrecht aufnehmen könnten. Unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck, dem Willen des historischen Gesetzgebers und der Gesetzesgeschichte stelle der Tatbestand den Rechtsanwender nicht vor unlösbare Auslegungsprobleme. *Goldmann* schränkt seine Ausführungen jedoch ausdrücklich auf den Bereich des Zivilrechts und nicht auf den der staatlichen Eingriffsermächtigungen ein.

Im Hinblick auf die vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Voraussetzungen zur Ermittlung der Bestimmtheit läuft es letztlich auf die Frage hinaus, ob die verschiedenen Tatbestandsalternativen des § 143 Abs. 1 Nr. 2 noch eine Abgrenzung des strafbaren vom noch erlaubten Verhalten möglich machen. Insofern müssen sich aus einer am Wortlaut orientierten Auslegung nach den üblichen Kriterien des Strafrechts der Umfang und die Grenzen des erweiterten Schutzes bekannter Marken hinreichend genau bestimmen lassen. Dabei muss der Gesetzgeber die Leitlinien des Schutzzumfangs in der Norm selbst vorgeben. Des Weiteren ist das Vorliegen einer kontinuierlichen und gefestigten Rechtsprechung zu fordern, welche die Ergebnisse der Auslegung überprüfbar machen. Willkürliche Entscheidungsspielräume der Richter oder eine unüberschaubare Kaustik dürfen jedoch auch dann nicht bestehen.

Im Lichte dieser Voraussetzungen ist zunächst anzumerken, dass der Straftatbestand des § 143 wesentlich mehr Handlungen sanktioniert als die vorherige Regelung in § 25d WZG. Hierzu gehört auch der erweiterte Schutz bekannter Marken, der erst mit dem neuen Markengesetz eingeführt wurde. Insofern kann zur Ermittlung des Normgehalts mangels Existenz einer entsprechenden Rechtsprechungspraxis nicht auf bisherige kennzeichenrechtliche Wertungen zurückgegriffen werden. Andererseits hat sich der Gesetzgeber gerade bei der Sanktionierung

⁵⁵⁴ Eichmann, Der Schutz von bekannten Kennzeichen, GRUR 1998, 201 (206).

⁵⁵⁵ Goldmann, Der Schutz des Unternehmenskennzeichens, 2. Teil § 14 B. I. 2. (S. 210).

der Verletzung bekannter Marken bemüht, die Rechtsprechung zu § 1 UWG in Gesetzesform zu gießen. Man wollte durch die vier Fallgruppen die bekannten Verletzungsarten erfassen, auch wenn – wie dargestellt – die bisherigen Grundsätze nicht ohne weiteres übernommen werden sollten. Insofern stellt das Gesetz selbst formulierte Kriterien und Typenbildungen bereit, die für eine berechenbare und einheitliche Rechtsanwendung sorgen können.

Hinzu kommt – wie bereits oben (5) erläutert –, dass die Einbeziehung von subjektiven, auch von der Ansicht der Verkehrskreise abhängigen Wertungen nicht schädlich ist. Die Bestimmung von Merkmalen wie die Feststellung der „Wertschätzung“ einer bekannten Marke oder der Handlung des Täters „in unlauterer Weise“ nach wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen kann nicht per se zu einer Unbestimmtheit des Tatbestands führen. Der Rückgriff auf ursprünglich aus dem Wettbewerbsrecht stammende Grundsätze, die nunmehr an vielen Stellen in das Markengesetz Eingang gefunden haben, widerspricht nicht der Historie, dem Schutzzweck und dem Normzusammenhang des § 143 Abs. 1 Nr. 2, 14 Abs. 2 Nr. 3. Auch ist das Wettbewerbsrecht zwar im Schutzzweck unterschiedlich zum Markenrecht, letzteres stellt sich aber als Teilaspekt eines geordneten Wettbewerbs dar. Der erweiterte Markenschutz basiert auf einer wettbewerblichen Unternehmensleistung und schützt mit großem Einsatz geschaffene wirtschaftliche Werte.⁵⁵⁶ Auch verlangen die vier Tatbestandsalternativen eine eigenständige, an den Tatbestandsmerkmalen orientierte – und nicht mehr wie bei der allgemeinen Generalklausel des § 1 UWG oft pauschale – Prüfung und Bewertung. Insofern spiegeln sich die wettbewerbsrechtlichen Elemente im Gesetzestext wider. Ihre Einbeziehung ist auch im Rahmen der strafrechtlichen Bestimmtheitsprüfung möglich.

Zusätzlich zeigt die – als verfassungskonform angesehene – Strafvorschrift des § 4 a. F. UWG, dass im Rahmen der Feststellung einer strafbaren Irreführung auch und gerade eine Orientierung an der jeweiligen Verbrauchervorstellung zu erfolgen hat. Bezogen auf das Markenrecht vermag daher die Einbeziehung solcher Wertungen bei der Beurteilung der Verletzungswirkung nicht von vorneherein die Verfassungswidrigkeit des Tatbestandsmerkmals zu begründen.

Insofern kann zumindest nicht pauschal von einer verfassungsrechtlich zu beanstandenden Unbestimmtheit des § 143 Abs. 1 Nr. 2 aufgrund der vorher im Markenrecht nicht bekannten Terminologie und des Fehlens einer entsprechenden Ausgestaltung durch Lehre und Rechtsprechung ausgegangen werden. Die grundsätzliche gesetzgeberische Absicht wird aus dem Wortlaut deutlich und es werden insbesondere auch Leitlinien für die Entscheidungsfindung vorgegeben. Vielmehr müssen die vier einzelnen Alternativen separat untersucht werden, ob Sie nämlich im Einzelfall die Vorhersehbarkeit der Bestrafung garantieren.

⁵⁵⁶ Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG § 14 RN 134.

bb) Beeinträchtigung / Ausnutzung der Wertschätzung
(Markenausbeutung)

Wie bereits festgestellt spiegelt sich mit dem Merkmal der Wertschätzung die zulässige Intention des Gesetzgebers wider, die subjektiv geprägte Auffassung der angesprochenen Verkehrskreise über das Image der bekannten Marke einzubeziehen. Da der Begriff auch im normalen Sprachgebrauch mit positiven Begriffen wie Ansehen, Achtung oder Anerkennung⁵⁵⁷ gleichgesetzt wird, aus ihm heraus also schon die Notwendigkeit einer Wertung erkennbar ist, bereitet eine Bestimmung der Wertschätzung nach den dargestellten Kriterien keinen Bedenken.

Ohnehin wird die Wertschätzung bei vielen bekannten Marken zweifellos vorliegen bzw. deren Feststellung zweifelsfrei sein. In Zweifelsfällen ist in Strenge genommen ein Verkehrsgutachten einzuholen. Aber auch in diesen Fällen lässt eine Auslegung, orientiert an den anderen Merkmalen des Tatbestandes und unter Berücksichtigung des Normzusammenhangs, den durch das Merkmal geschützten Wert hinreichend eindeutig erkennen. Dies gilt selbst unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Rechtssprechungsgrundsätze aus § 1 UWG nur eingeschränkt übertragbar sind und insofern keine langjährige Rechtsprechung vorliegt. Schon aus dem Begriff selbst wird nämlich die gesetzgeberische Wertung hinreichend deutlich. Da aus dem Merkmal auch für die fachgerichtliche Auslegung keine willkürlichen Entscheidungsspielräume eröffnet werden, liegt kein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot vor.

Die Beeinträchtigung der Wertschätzung liegt wie dargestellt bei der Übertragung negativer Vorstellungen auf die Marke vor. Aus dem Wortlaut wird deutlich, dass die Schädigung des Rufs der Marke erfasst werden soll. Die Feststellung der Rufschädigung soll zudem die am einfachsten nachweisbare Eingriffsart darstellen.⁵⁵⁸ Fraglich ist jedoch, ob aus der Norm bzw. den tradierten Fallgruppen die Grenzen einer Beeinträchtigung deutlich werden, da sich eine Rufschädigung der bekannten Marke grundsätzlich durch die unterschiedlichsten Arten der – hier vorausgesetzten – markenmäßigen Verwendung eines Zeichens ergeben kann.

Historisch war die Rufschädigung im Kennzeichenrecht noch mit dem Begriff der Verwechslungsgefahr verbunden. So nahm das Reichsgericht an, dass § 16 UWG ein Unternehmenskennzeichen davor zu schützen hatte, „mit einer Firma von zweifelhaftem Ruf verwechselt zu werden“.⁵⁵⁹ Später wurde die Rufschädigung unabhängig von § 16 UWG und vom Bestehen von Verwechslungsgefahr als Fallgruppe des § 1 UWG anerkannt.⁵⁶⁰ Daraus haben sich die oben (5) bb)

⁵⁵⁷ Duden, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache in 10 Bänden.

⁵⁵⁸ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 856.

⁵⁵⁹ RG vom 27. Mai 1924, RGZ 108, 272 (275) – Merx.

⁵⁶⁰ RG in JW 1918, 307 – Riba; Goldmann, Der Schutz des Unternehmenskennzeichens, 2. Teil § 14 V. 2. a) aa) (S. 240).

dargestellten und auch anerkannten Anwendungsbereiche – Verwendung des ähnlichen Zeichens für qualitativ schlechtere Produkte, inkompatibler Zweitgebrauch, Herabsetzung/Verunglimpfung der bekannten Marke, Verwendung durch unseriöse Unternehmen – entwickelt. Zweck der Vorschrift des § 14 Abs. 2 Nr. 3 war es, die Schutzoption des Art. 5 Abs. 3 c) der MRRL zu nutzen, um die zu § 1 UWG und §§ 823, 1004 BGB ergangene Rechtsprechung zu kodifizieren. Insofern sind bei der Bestimmung der Reichweite der Rufschädigung der Sinn und der Zweck des Tatbestands erkennbar. Auch ist die Intention des Gesetzgebers schon im Wortlaut angelegt, die Beeinträchtigung der Wertschätzung ist für die Verkehrskreise verständlich. Zur genauen Bestimmung der Grenzen des Tatbestands, somit zur Abgrenzung vom noch erlaubten zum verbotenen Verhalten ist im Wege einer einschränkenden Auslegung auf die zu dieser Fallgruppe ergangene Rechtsprechung⁵⁶¹ ergänzend zurückzugreifen, wobei jedoch die Besonderheiten des Kennzeichenrechts berücksichtigt werden müssen. Denn es liegen zwar keine strafrechtlichen Urteile zu dieser Tatbestandsalternative vor und auch wurden die Grundsätze des BGH noch vorrangig zu § 1 UWG entwickelt. Gleichwohl ist aber wie dargestellt die Übernahme wettbewerbsrechtlicher Wertungen in das Markenrecht mittlerweile vollzogen und auch anerkannt. Zudem erfolgte mit Einführung des MarkenG kein nennenswerter Bruch der Rechtsprechung, vielmehr hat der BGH mit dem Urteil „MAC Dog“ im Jahre 1998 die bisherige Rechtsprechung fortgeführt.⁵⁶² Auch das LG und das OLG Hamburg sowie das OLG Karlsruhe sind in den Entscheidungen „Deutsche Pest“, „Yves Roche“ und „Peugeot-Preis“ entsprechend verfahren.⁵⁶³

Dies macht deutlich, dass der Anwendungsbereich der Rufschädigungsfälle kontinuierlich und vergleichsweise stringent fortentwickelt wurde. Der Rechtsgehalt der Norm hat sich hinreichend breit entfaltet, ein ganz besonders ausgeprägtes Einzelfallrecht besteht nicht. An den bestehenden Fallgruppen kann sich die fachgerichtliche Auslegung orientieren, sodass eine willkürliche Beurteilung der Rufschädigungsalternative normalerweise nicht möglich erscheint.

Im Ergebnis ist ungeachtet der zunächst recht vage erscheinenden Voraussetzungen der Rufschädigung festzuhalten, dass der Gesetzgeber einen Regelungsrahmen vorgegeben hat, dessen konkretisierende Ausfüllung durch die Rechtsprechung noch als zulässige Auslegung eines bestimmten Gesetzes gelten darf. Aus-

⁵⁶¹ z.B. die Urteile des BGH „DIMPLE“, „MARS“, „NIVEA“, Nachweise z.B. bei Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 14 RN 183.

⁵⁶² BGH vom 30. April 1998, GRUR 1999, 161 (164) – MAC Dog, zum inkompatiblen Zweitgebrauch.

⁵⁶³ LG Hamburg vom 27. Juni 1999, GRUR 2000, 514 – Deutsche Pest (betr. die herabsetzende Verwendung einer bekannten Marke); OLG Hamburg vom 3. Juni 1998, GRUR 1999, 339 (341) – Yves Roche (zur Verwendung auf Billigprodukten); OLG Karlsruhe vom 12. August 1998, GRUR 1999, 353 – Peugeot-Preis (betreffend die Verwendung in betrügerischer Werbung).

gehend von der hinzunehmenden Absicht des Gesetzgebers, den ursprünglich wettbewerbsrechtlichen erweiterten Schutz von bekannten Marken auch strafrechtlich abzusichern, ist die Möglichkeit einer präziseren Beschreibung des Rufschädigungstatbestands nicht ersichtlich. Eine andere Betrachtung würde das Erfordernis der Bestimmtheit überstrapazieren.

Entsprechendes gilt für die Alternative der Ausnutzung der Wertschätzung. Anders als bei der Beeinträchtigung wird hier die bekannte Marke nicht mit negativen Vorstellungen belastet, sondern durch die Benutzung werden positive Assoziationen auf das Kennzeichen der Verletzers übertragen. Dabei haben die Literatur und die Rechtsprechung verschiedene Kriterien entwickelt, in denen eine solche Markenausbeutung vorliegt. Neben der Bekanntheit der Marke soll es auf die Eigenart der Bezeichnung sowie auf die Art der unter der Kennzeichnung vertriebenen Waren, auf deren Qualität und Ansehen sowie auf einen etwa damit verbundenen Prestigewert ankommen. Vor allem aber ist das Verhältnis dieser Waren zu denjenigen, für die der Ruf der Kennzeichnung genutzt werden soll, zu berücksichtigen.⁵⁶⁴ Diese Grundsätze wurden von der Rechtsprechung auch unter der Geltung des § 14 Abs. 2 Nr. 3 übernommen.⁵⁶⁵ Insofern existieren für die Fälle der Rufausbeutung hinreichende Kriterien zur Auslegung der im Gesetz enthaltenen Tatbestandsmerkmale. Die Reichweite auch dieser seit langem bekannten Form der Markenverletzung kann damit durch Einordnung in die bestehenden Fallgruppen hinreichend genau bestimmt werden. Willkürliche Entscheidungen sind nicht zu erwarten.

cc) Beeinträchtigung/Ausnutzung der Unterscheidungskraft (Markenverwässerung)

Im Gegensatz zu dem im Verkehr üblichen Begriff der Wertschätzung ist die Unterscheidungskraft zwar ein an vielen Stellen im Markenrecht verwendeter Fachterminus, den mit der bekannten Marke angesprochenen Verkehrskreisen aber nicht geläufig. Lediglich die allgemeine Bedeutung von „unterscheiden“ als „in besonderen Merkmalen nicht übereinstimmend“ bzw. „etwas trennen“ ist den Verkehrskreisen bekannt.

Die Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft erfolgt durch eine Verwässerung der Kennzeichnungskraft, die den Werbe- und Aufmerksam-

⁵⁶⁴ BGH vom 10. Februar 1994, GRUR 1994, 808, 810 – Markenverunglimpfung I, zu § 1 UWG; dieses Urteil führte die vorher ergangenen Urteile „Rolls-Royce“, „Salomon“ und „DIMPLE“ fort, Nachweise in Fezer, MarkenR, § 14 RN 410.

⁵⁶⁵ BGH vom 17. Januar 2002, GRUR 2002, 426 (427) – Champagner bekommen, Sekt zahlen (zur Rufausbeutung nach § 127 Abs. 3 MarkenG); OLG Frankfurt vom 25. November 1999, GRUR 2000, 1063 – Spee Fuchs; OLG Köln vom 18. Juli 1997, WRP 1998, 1104 (1107) – Boss; LG Mannheim vom 21. September 2001, MarkenR 2002, 60 (71) – intel inside.

keitswert der Marke bestimmt. Fraglich ist jedoch, ob die Reichweite dieses Handlungserfolgs hinreichend ermittelt werden kann. Theoretisch kann jede Verwendung eines ähnlichen Zeichens die Kennzeichnungskraft einer bekannten Marke mindern. Diese würde aber den Schutz der bekannten Marke für alle Waren und Dienstleistungsbereiche bedeuten. Insofern wird im Zivilrecht von den Gerichten zusätzlich eine konkret nachvollziehbare – „greifbare Beeinträchtigung“ – verlangt.⁵⁶⁶ Diese kann entfallen, wenn nur eine geringe Eigenart der bekannten Kennzeichnung vorliegt oder häufige Drittbenutzungen für die unterschiedlichsten Waren bestehen.⁵⁶⁷ Im Gegenzug soll die Beeinträchtigung umso eher vorliegen, je geringer der Branchenabstand ist.⁵⁶⁸ Schließlich sollen in den Verwässerungsfällen besonders hohe Anforderungen an die Kennzeichnungskraft der bekannten Marke sowie die Zeichenähnlichkeit zu stellen sein.⁵⁶⁹ Zur Beurteilung der Beeinträchtigung wird wiederum auf die zu § 1 UWG und die zur „berühmten“ Marke vom BGH entwickelten Grundsätze zurückgegriffen, wenn gleich diese nach der amtlichen Begründung nicht mehr „ohne weiteres“ anwendbar sind.⁵⁷⁰

Anders als die Ausbeutungstatbestände sind ungeachtet dieser Einschränkungen schon im Zivilrecht die genauen Konturen dieser Tatbestandsalternativen umstritten. Zwar existierte der Schutz von berühmten Marken gegen Verwässerung schon seit langer Zeit.⁵⁷¹ Jedoch wurde er zunächst nur berühmten Marken mit einer überragenden Bekanntheit gewährt und noch dazu eine Alleinstellung auf dem Markt gefordert.⁵⁷² An diesen Schutzvoraussetzungen wurde aber im neuen Markenrecht nicht festgehalten, so dass zur Beurteilung einer Verwässerung noch weniger als bei der Rufschädigung eine Orientierung an den bestehenden Auslegungsgrundsätzen möglich ist.

Neben der als problematisch anzusehenden Reichweite ist das Verhältnis der Alternativen zueinander und zu den Rufverletzungstatbeständen nicht eindeutig geklärt.⁵⁷³ Teilweise wird der Variante des Ausnutzens der Unterscheidungskraft gar kein eigener Anwendungsbereich zuerkannt.⁵⁷⁴ Hinzu kommt, dass die von der Rechtsprechung nunmehr vorgenommene Einschränkung des Tatbestands durch die Hinzunahme des ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals der „greifbaren Be-

⁵⁶⁶ Nachweise in Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 864.

⁵⁶⁷ Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 14 RN 169.

⁵⁶⁸ BGH vom 16. November 2000, GRUR 2001, 507 (509) - Evian/Revian.

⁵⁶⁹ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 871.

⁵⁷⁰ Begründung zum neuen Markengesetz, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, S. 67.

⁵⁷¹ Zur historischen Entwicklung Sack, Der Sonderschutz bekannter Marken, GRUR 1995, 81 (85).

⁵⁷² BGH vom 21. März 1991, GRUR 1991, 863 (866) – Avon.

⁵⁷³ Zum Streitstand: Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 RN 861 ff.

⁵⁷⁴ Fezer, MarkenR, § 14 RN 424.

einträchtigung“ in strafrechtlicher Hinsicht nicht geeignet ist, eine hinreichende Bestimmtheit zu erreichen. Aus dem Wortlaut, aber auch den ergangenen Urteilen wird nicht klar, an welchen Kriterien eine solche Beeinträchtigung im Einzelnen festgemacht werden soll. Die Rechtsprechung stellt vielmehr meist pauschal das Vorliegen einer solchen Beeinträchtigung fest und ist sich selbst über die Terminologie nicht einig. So spricht der BGH in seiner Entscheidung „shell.de“ von einer „deutlichen“ Beeinträchtigung⁵⁷⁵, während das OLG Köln und das OLG Frankfurt a.M. auf eine „greifbare“ Beeinträchtigung abstellen.⁵⁷⁶ Für die Rechtslage zu § 1 UWG wurde dagegen noch von einer „entscheidenden“ Beeinträchtigung gesprochen.⁵⁷⁷ Eine für das Strafrecht taugliche Präzisierung des Tatbestands wird dadurch jedenfalls nicht erreicht, da dieses zusätzliche Merkmal für den Täter keine verbesserte Erkennbarkeit der Bestrafung mit sich bringt.

Insgesamt wird deutlich, dass von einer eindeutigen und stringenten Ausformung der Verwässerungstatbestände nicht die Rede sein kann. Ungeachtet der Tatsache, dass ihnen in der Praxis nur eine geringe Bedeutung zukommt und meist auch schon eine der Rufbeeinträchtigungsalternativen vorliegen wird, kann das erlaubte vom verbotenen Verhalten nicht sauber abgegrenzt werden. Eine Feststellung der Strafbarkeit einer Markenverwässerung würde sich letztlich an willkürlichen Kriterien orientieren, die weder im Wortlaut der Norm angelegt sind noch eine ausreichende Definition durch die Rechtsprechung erfahren haben.

Auch das Erfordernis einer Begehung in unlauterer Weise ändert an dieser Einschätzung nichts. Denn auch dadurch wird nur eine Gesamtabwägung vorgenommen, die zwar – ähnlich der Notwendigkeit der absichtlichen Begehungsweise – eine Einschränkung der Strafbarkeit mit sich bringen kann, aber die Tragweite und den Anwendungsbereich des Straftatbestands nicht präzisiert. Die beweglichen Kriterien zur Feststellung einer zu sanktionierenden Verwässerung können im Zivilrecht eine flexible Handhabung ermöglichen, für die Feststellung eines strafbaren Handelns ist dieses System nicht geeignet. Da eine verfassungskonforme Auslegung mangels Feststellung und Beschreibung eines Kernbereichs der Verletzung durch Verwässerung wohl nicht möglich ist, verstoßen diese Tatbestandsalternativen des § 143 Abs. 1 Nr. 2 gegen Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB. Allenfalls wäre eine geltungserhaltende Reduktion des Tatbestands möglich, wenn nämlich die Rechtsprechung zukünftig eine klare Reichweitenbegrenzung vornimmt und insbesondere das Kriterium der „Greifbarkeit“ der Beeinträchtigung mit Inhalten ausfüllt. Im Lichte des möglichen Strafmaßes von bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe – im Falle des gewerbsmäßigen Handelns sogar von bis zu

⁵⁷⁵ BGH vom 22. November 2001, GRUR 2002, 622 (625) – shell.de.

⁵⁷⁶ OLG Köln vom 9. November 2001, GRUR-RR 2002, 130 (134) – focus.de; OLG Frankfurt a.M. vom 25. November 1999, GRUR 2000, 1063 (1065) – Spee-Fuchs.

⁵⁷⁷ BGH vom 27. April 2000, GRUR 2000, 876 (877) – Davidoff.

fünf Jahren – und des damit verbundenen erheblichen Eingriffs in die persönliche Freiheit des Täters ist momentan eine präzisere Bestimmung des Tatbestands zu fordern.

(9) Ergebnis

Die Strafbarkeit der Verletzung bekannter Marken in § 143 Abs. 1 Nr. 2 ist grundsätzlich als verfassungsrechtlich zulässig zu betrachten. Angesichts des eindeutigen Wortlauts ist – entgegen der im Zivilrecht ergangenen „Davidoff“-Entscheidungen des BGH und des EuGH – im Strafrecht eine Anwendung aber nur außerhalb des Bereichs der Waren-/Dienstleistungsähnlichkeit möglich.

Ansonsten ist die Feststellung der Bekanntheit der älteren Marke anhand quantitativer Kriterien möglich und zulässig. Gleiches gilt auch für die durch die Benutzung eingetretene Verletzungswirkung der Beeinträchtigung oder der Ausbeutung der Wertschätzung. Die Konturen der zu diesen beiden Tatbestandsalternativen existierenden Fallgruppen haben sich recht kontinuierlich entwickelt. Dadurch wird eine Auslegung möglich, die die Grenzen der Strafbarkeit bestimmen hilft. Da schließlich die Absicht des Gesetzgebers schon im Wortlaut der Norm angelegt ist und dieser sich auch an den allgemeinen Sprachgebrauch anlehnt, ist eine an willkürlichen Kriterien orientierte Entscheidungsfindung nicht zu befürchten.

Anders stellt sich die Situation bei den Varianten der Beeinträchtigung oder der Ausbeutung der Unterscheidungskraft dar. Hier kann aufgrund der Neuorientierung des ursprünglich zu berühmten Marken entwickelten Schutzes gegen Verwässerung nur sehr eingeschränkt auf die bestehende Rechtsprechung zurückgegriffen werden. Auch der Wortlaut der Norm lässt einen bestimmten Anwendungsbereich nicht erkennen, vielmehr kann die Unterscheidungskraft grundsätzlich durch jede Benutzung eines ähnlichen Zeichens tangiert werden. Hinzu kommt die bislang uneinheitliche Beurteilung und Abgrenzung dieser Tatbestandsalternativen durch die Lehre. Da schließlich die Reichweite des Tatbestands selbst durch die im Zivilrecht vorgenommene Einschränkung durch das Erfordernis einer „greifbaren Beeinträchtigung“ nicht sicher festgestellt werden kann, sind die Tatbestandsalternativen zu unbestimmt und daher verfassungswidrig.

Sofern in einem entsprechenden Strafverfahren nicht auch eine Wertschätzungsverletzung festgestellt werden kann, ist der Täter freizusprechen. Hieran ändert auch das Erfordernis der Handlung in unlauterer Weise bzw. die notwendige absichtliche Begehung nichts, da auch sie zwar den Anwendungsbereich einengen, jedoch keine weitere Präzisierung der problematischen Tatbestandsmerkmale herbeiführen. Ebenso ist eine verfassungskonforme Auslegung derzeit nicht möglich. Anzumerken ist jedoch, dass die praktischen Auswirkungen dieser Einschätzung gering sein werden, da Strafverfahren wegen Verletzung bekannter Marken

außerhalb des Ähnlichkeitsbereichs nahezu nie vorkommen. Näheres dazu im 5. Kapitel.

d) Markenrechtsverletzende Vorbereitungshandlungen, § 143 Abs. 1 Nr. 3

(1) Allgemeines

Durch § 143 Abs. 1 Nr. 3 werden nunmehr spezielle markenrechtliche Vorbereitungshandlungen nach § 14 Abs. 4 explizit in die Strafbarkeit einbezogen. Die mit dem Markengesetz neu eingeführte Vorschrift des § 14 Abs. 4 sollte die auch nach Einführung des Produktpirateriegesetzes verbleibenden Strafbarkeitslücken verringern.⁵⁷⁸

Nach üblichen strafrechtlichen Grundsätzen – aber auch nach dem allgemeinen Sprachgebrauch – ist Vorbereitung die vor dem Versuchsstadium liegende Tätigkeit, die zwar auf die Tatbestandsverwirklichung hinzielt, aber noch nicht dazu unmittelbar ansetzt.⁵⁷⁹ Insofern sind Handlungen, die lediglich die Voraussetzungen für die Tat schaffen – wie z.B. das Beschaffen und Bereitstellen von Werkzeug – grundsätzlich straflos. Die Durchführung der Tat hängt noch von zu vielen Unwägbarkeiten ab. Ausnahmsweise kann der Gesetzgeber typischerweise gefährliche Vorbereitungshandlungen unter Strafe stellen, so z.B. bei den Staatsschutzdelikten, §§ 80, 83, 87, 98 StGB, der Geldfälschung, § 149 StGB, der Verschleppung, § 234a Abs. 3 StGB und des Angriffs auf den Luft-/Seeverkehr, § 316c Abs. 3 StGB, sowie bei § 30 StGB i.V.m. Verbrechen. Diese Tatbestände sind nochmals gegenüber dem Versuch erweitert.

In Hinblick auf das Kennzeichenrecht entschied schon unter der Geltung des WZG das Reichsgericht, dass bereits in der gewerbsmäßigen Herstellung von Kennzeichnungsmitteln eine selbstständige Warenzeichenverletzung liegt, wenn der Hersteller nicht vom Markeninhaber ermächtigt ist.⁵⁸⁰ Man sprach damals von einer „mittelbaren Zeichenverletzung“.⁵⁸¹ Insofern war es für das Bestehen von Unterlassungsansprüchen gleichgültig, ob es später zu einer weiteren Verletzungshandlung durch den Besteller der Kennzeichnungsmittel kam.⁵⁸² Diese Rechtsprechung wurde vom BGH mit der Einschränkung übernommen, dass eine Markenverletzung dann nicht vorliegt, wenn das Kennzeichnungsmittel von einer Beschaffenheit ist, welche nicht notwendig nur zu einer zeichenmäßigen Benut-

⁵⁷⁸ Vgl. dazu 2. Kapitel. E. II. 3.

⁵⁷⁹ Tröndle-Fischer, StGB § 22 RN 10.

⁵⁸⁰ RG vom 28. September 1939, GRUR 1940, 41 (42) – Singer; vom 30. Mai 1922, RGZ 104, 307 (309) – Ballet (hier ging es um Zigaretten-Banderolen).

⁵⁸¹ Baumbach/Hefermehl, WZG, § 15 RN 44.

⁵⁸² Wölfel, Rechtsfolgen von Markenverletzungen, I. Kapitel, IV. 1. (S. 23).

zung führen kann.⁵⁸³ Diese Urteile waren vor allem von dem Willen geprägt, dem Markeninhaber auch dort Sanktionsmöglichkeiten zu geben, wo ihm nur der Nachweis der Herstellung von Kennzeichnungsmitteln im Vorfeld einer eigentlichen Markenverletzung möglich war.⁵⁸⁴ Denn sofern die Herstellung nur als Beihilfe zur Markenverletzung gewertet wurde⁵⁸⁵, musste der Markeninhaber aufgrund der Akzessorität der Teilnahme stets eine spätere Markenverletzung durch den Besteller nachweisen. Der Hersteller der Kennzeichnungsmittel konnte sich herausreden, das Zeichen nur zum Gebrauch im Ausland oder für private Endabnehmer hergestellt zu haben.⁵⁸⁶

Ausweislich der Gesetzesbegründung zum neuen Markengesetz ergibt sich nunmehr unmittelbar aus dem Gesetz, dass das Ausschlussrecht des Markeninhabers schon dann eingreift, wenn die Verbindung der Waren mit dem Kennzeichnungsmittel oder ihrer Aufmachung oder Verpackung noch nicht stattgefunden hat.⁵⁸⁷ Es werden bereits reine Vorbereitungshandlungen wie die Anbringung des verletzenden Zeichens auf Kennzeichnungsmitteln wie Aufmachungen, Verpackungen, Etiketten, Aufnähern etc. als vollendete Zeichenverletzung definiert.

(2) Tathandlungen

Im Kennzeichenrecht sind isolierte Vorbereitungshandlungen strafbar, wenn im geschäftlichen Verkehr ein identisches oder ähnliches Zeichen auf Aufmachungen, Verpackungen oder Kennzeichnungsmitteln angebracht wird (§ 143 Abs. 1 Nr. 3, 1. Alt. i.V.m. § 14 Abs. 4 Nr. 1), oder solche derart fälschlich gekennzeichneten Aufmachungen etc. angeboten, in den Verkehr gebracht, zu diesem Zweck besessen oder eingeführt/ausgeführt werden (§§ 143 Abs. 1 Nr. 3, 2. Alt i.V.m. 14 Abs. 4 Nr. 2 und Nr. 3). Wesentlich ist hierbei, dass noch keine Verbindung des Zeichens mit der Ware erfolgt ist.

Die – in ihrer Bedeutung aufgrund des sehr konkreten Gesetzestexts hinreichend bestimmbar – Tathandlungen entsprechen dabei denen des § 14 Abs. 3⁵⁸⁸ mit der Maßgabe, dass sich die Handlungen nicht auf Waren oder Dienstleistungen, sondern auf deren Aufmachung, Verpackung etc. beziehen müssen. Anders als die aufgrund des Wortlauts – „ist es insbesondere untersagt“ – lediglich beispielhafte Aufzählung in § 14 Abs. 3 wird jedoch in § 14 Abs. 4 eine abschließende Regelung vorgenommen, an der sich die Strafbarkeit nach § 143 Abs. 1 Nr. 3 orientie-

⁵⁸³ BGH vom 18. November 1955, GRUR 1956, 179 (180) – Eттertaler Klosterlikör.

⁵⁸⁴ Wölfel, Rechtsfolgen von Markenverletzungen, I. Kapitel, IV. 1. (S. 24).

⁵⁸⁵ Baumbach/Hefermehl, WZG, § 15 RN 8.

⁵⁸⁶ Kraft/Gönn, Herstellung und Vertrieb von Kennzeichnungsmaterial als Warenzeichenverletzung, GRUR 1974, 191(192).

⁵⁸⁷ Begründung zum neuen MarkenG, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, S. 69.

⁵⁸⁸ Zu diesen typischen Benutzungshandlungen S.o. IV. 3.

ren muss.⁵⁸⁹ Im Einzelnen ist die Definition der Aufmachungen und Verpackungen sowie der sonstigen Kennzeichnungsmittel analog zu § 14 Abs. 3 vorzunehmen. Sie bereitet in Hinsicht auf den Bestimmtheitsgrundsatz keine Probleme. Verpackung oder Aufmachung sind alle Mittel, die einzelne Sachen oder Sachmengen ganz oder teilweise umgeben oder zusammenfassen.⁵⁹⁰ Es sollen – in Ergänzung zum Richtlinien text – jegliche Art der Verpackung von Markenware wie z.B. Behälter (Flaschen, Kisten) oder Verpackungsmaterialien (Tüten, Kartons) erfasst werden.⁵⁹¹

Dagegen sind Kennzeichnungsmittel Gegenstände, deren primäre Funktion darin besteht, Kennzeichenträger zu sein und die erst nachträglich mit der Ware verbunden werden.⁵⁹² Von § 14 Abs. 4 nicht erfasst sind dagegen Geschäftspapiere sowie weitere Werbematerialien. Diese kommen als strafbare Vorbereitungshandlungen nicht in Betracht. Der gesetzliche Wortlaut als Grenze der Auslegung lässt eine Einbeziehung nicht zu, Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB.⁵⁹³ Gleiches gilt auch für die Mittel zur Markierung der Kennzeichnungsmittel, nämlich bspw. Etikettiermaschinen oder Stempel. Diese führen zwar zu einer vergleichbaren Gefährdung des Markenrechts, sodass für das Zivilrecht eine analoge Anwendung des § 14 Abs. 4 vorgeschlagen wird.⁵⁹⁴ Für den strafrechtlichen Schutz scheidet die Einbeziehung aus den genannten verfassungsrechtlichen Gründen aber aus, da solche Gegenstände eben keine Mittel sind, die die Ware – unmittelbar – kennzeichnen sollen. Eine solche Auslegung wäre zudem auch nicht mit dem Sinn und Zweck der Norm vereinbar, wonach nachträglich mit der Ware verbundene Kennzeichenträger erfasst werden sollen. Auf diesen kann das verletzte Zeichen angebracht werden, was für die genannten Markierungsgegenstände nicht gilt.

(3) Spätere kennzeichenverletzende Benutzung

Zusätzlich zu den dargestellten Tathandlungen muss festgestellt werden, dass die spätere Benutzung des Zeichens in Verbindung mit der Ware eine Kennzeichenverletzung wäre.⁵⁹⁵ Dies wird gesetzestechnisch durch die Formulierung in § 143 Abs. 1 Nr. 3,

„soweit Dritten die Benutzung des Zeichens nach a) § 14 Abs. 2 Nr. 1 oder Nr. 2 untersagt wäre oder b) nach § 14 Abs. 2 Nr. 3 untersagt wäre und ..“,

⁵⁸⁹ Anders für das Zivilrecht, BGH vom 15. Mai 2001, GRUR 2001, 1038 (1039) – ambiente.de.

⁵⁹⁰ Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 14 RN 83.

⁵⁹¹ Begründung zum neuen MarkenG, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, S. 69.

⁵⁹² Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 14 RN 126.

⁵⁹³ Zur möglichen Einordnung unter § 14 Abs. 3 Nr. 5 sowie zur dadurch resultierenden Strafbarkeit s.o.

A. IV. 3.

⁵⁹⁴ Fezer, Markenrecht, § 14 RN 502.

⁵⁹⁵ In dieser Deutlichkeit nur Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 143 RN 19.

verdeutlicht. Damit wird die Verbindung zum Identitäts-, Verwechslungs- und Bekanntheitsschutz der älteren Marke hergestellt. In letzterem Fall muss in subjektiver Hinsicht wieder die Absicht der Beeinträchtigung oder Ausnutzung der Unterscheidungskraft bzw. der Wertschätzung hinzutreten.⁵⁹⁶ Die Verletzungshandlungen in Bezug auf Kennzeichnungsmittel und Verpackungen sind somit immer dann mit Strafe bedroht, wenn dem Verletzer auch die Benutzung des Zeichens auf der Ware untersagt ist.

Diese Ausgestaltung des Tatbestandes unterscheidet sich vom Wortlaut des § 14 Abs. 4 a.E, wonach

„die Gefahr bestehen muss, dass die Aufmachungen etc. entgegen § 14 Abs. 2 und 3 benutzt werden“.

Dabei bedarf es Feststellungen, aus denen entnommen werden kann, dass eine unzulässige Benutzung durch den Täter oder einen Dritten bevorsteht, diese also wahrscheinlich ist. Dies wird in der Regel der Fall sein, wenn ein Dritter die Aufmachungen beim Täter bestellt hat. In diesem Fall spricht alles dafür, dass diese Aufmachungen dann auch vom Dritten mit den fraglichen Waren in die erforderliche Verbindung gebracht werden. Zur Feststellung der Gefahr sollen die allgemeine Lebenserfahrung sowie die Grundsätze der Erstbegehungsgefahr herangezogen werden.⁵⁹⁷

Daraus ergibt sich möglicherweise das Problem, dass entweder § 143 Abs. 1 Nr. 3 auf den vollen Tatbestand des § 14 Abs. 4 verweist, was die notwendige Feststellung der Gefahr, dass das Zeichen verwendet wird, einschließt. Alternativ könnte in den verschiedenen Alternativen des § 143 Abs. 1 Nr. 3 nur auf die einzelnen Vorbereitungshandlungen des § 14 Abs. 4 Nr. 1 bis 3 verwiesen werden.

Konsequenz der zweiten Lösung ist, dass der strafrechtliche Tatbestand sogar weiter gefasst wäre, da alle Zeichen, die Ansprüche nach § 14 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 auslösen, nicht auf Aufmachungen, Verpackungen oder Kennzeichnungsmitteln angebracht werden dürften. Auf eine Gefahr der späteren Benutzung im Rahmen einer Kennzeichenverletzung käme es nicht an. Die erste Alternative erscheint dagegen wegen des wünschenswerten Gleichlaufs mit § 14 Abs. 4 zunächst sinnvoller. Auf jeden Fall käme es dann aber zu einer Doppelverweisung auf die Tatbestände des § 14 Abs. 2, auf den nämlich sowohl in § 143 Abs. 1 Nr. 3 a) und b) als auch in § 14 Abs. 4 a.E. Bezug genommen wird.

Der Gesetzesbegründung lässt sich nicht entnehmen, ob hier eine unterschiedliche Beurteilung gewollt war, oder die Tatbestände nur unterschiedlich formuliert sind. Auch in der Kommentarliteratur wird das Problem nicht diskutiert. *Ha-*

⁵⁹⁶ Dazu unten 2. c).

⁵⁹⁷ Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 14 RN 127.

*cker*⁵⁹⁸ geht wie das Gesetz davon aus, dass dem Täter nachgewiesen werden muss, dass die spätere Benutzung des Zeichens in Verbindung mit der Ware eine Kennzeichenverletzung wäre. Schiwiek dagegen plädiert – ohne Diskussion des abweichenden Wortlauts – für die Einordnung als konkretes Gefährdungsdelikt und verlangt die Gefahr der rechtsverletzenden Benutzung.⁵⁹⁹ Nach diesseitiger Ansicht ist aus dem Wortlaut und der Gesetzessystematik des § 143 Abs. 1 Nr. 3 a) und b) der – wenn auch möglicherweise unbeabsichtigte – Wille des Gesetzgebers zu schließen, möglichst alle Vorbereitungshandlungen zu erfassen, sofern die spätere Benutzung mit der Ware eine Kennzeichenverletzung ist. Schwierigkeiten bei der tatsächlichen Feststellung der Zeichenverletzung und das Akzessoritätsproblem in den Fällen der Teilnahme können damit umgangen werden. Weiterer Vorteil dieser Wertung ist, dass eine Doppelverweisung auf § 14 Abs. 2 vermieden wird. Durch die klare Ausdrucksweise des Gesetzes ergibt sich aus dem Verzicht auf die Feststellung der Gefahr einer späteren Markenverletzung kein Problem im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot. Eine zulässige extensive Auslegung kann durchaus auch einmal zuungunsten des Täters ausgehen.⁶⁰⁰ Sofern also die Benutzung eines Zeichens im geschäftlichen Verkehr untersagt ist, sind auch die dargestellten Vorbereitungshandlungen in Bezug auf Aufmachungen etc. strafbewehrt, wenn die Benutzung des Zeichens in Verbindung mit der Ware eine Kennzeichenverletzung wäre.

(4) Ergebnis

Durch die Einbeziehung einer Vielzahl von vor der eigentlichen Markenverletzung vorgelagerten Handlungen ergibt sich ein sehr weiter Anwendungsbereich der strafrechtlichen Vorschriften, die nur auf der subjektiven Seite durch zusätzliche Voraussetzungen leicht eingeschränkt werden. Eine vollendete strafbare Kennzeichenverletzung begeht damit schon der, der eine einzige der dargestellten Vorbereitungshandlungen vornimmt. Diese Intention des Gesetzgebers ist aber hinzunehmen, auch wenn damit der Versuchsstrafbarkeit zum Teil der Boden entzogen wird. In verfassungsrechtlicher Hinsicht sind die Bestimmungen jedenfalls aufgrund ihres eindeutig bestimmbareren Inhalts nicht zu beanstanden.

⁵⁹⁸ Klaka; vgl. Althammer/Ströbele/Klaka, MarkenG (6. Auflage!), § 14 RN 100).

⁵⁹⁹ Schiwiek, Die Strafbarkeit der Markenpiraterie, 4. Teil, E. II. 3. (S. 108).

⁶⁰⁰ BGH vom 14. Mai 1954, BGHSt 6, 131 (133), Sch/Sch-Eser, StGB, § 1 RN 51.

e) Verletzung geschäftlicher Bezeichnungen, § 143 Abs. 1 Nr. 4

(1) Allgemeines

Neben der strafbaren Markenverletzung ist die in den Nr. 4 und 5 des § 143 verwirklichte Einbeziehung der geschäftlichen Bezeichnungen in den Straftatbestand der zweite große Regelungskomplex des § 143. Damit werden geschäftlichen Bezeichnungen – vormals nur in § 16 UWG geregelt – erstmals umfassend strafrechtlich geschützt. Denn eine zu § 16 UWG korrespondierende Strafbarkeit gab es nur, wenn gleichzeitig § 25d WZG (bzw. davor § 24 Abs. 3 WZG) oder § 4 UWG verletzt wurde. In Bezug auf geschäftliche Kennzeichnungen umfassten diese Vorschriften aber nur die unberechtigte Benutzung des Namens oder der Firma eines anderen.

Die Regelung des § 15, auf den in § 143 Abs. 1 Nr. 4 wiederum „zivilakzessorisch“ Bezug genommen wird, schließt die Verletzung der Namen von Unternehmen⁶⁰¹ (ehemals Handelsnamen) und der Firma⁶⁰² ein und umfasst darüber hinaus alle Arten der widerrechtlichen Verwendung der oben A. I. dargestellten geschäftlichen Bezeichnungen. Zu den geschützten Unternehmenskennzeichen gehören daher auch die besonderen Bezeichnungen eines Geschäftsbetriebs⁶⁰³ (unabhängig von der Firma) sowie die Geschäftsabzeichen.⁶⁰⁴ Letztere sind nicht namensmäßiger Art, daher ist eine Verkehrsgeltung erforderlich. Schließlich werden auch die Werktitel des § 5 Abs. 3 geschützt.

Zu berücksichtigen ist zunächst, dass der in Bezug genommene § 15 Abs. 2 neben dem Tatobjekt der „geschäftlichen Bezeichnung“ auch auf dazu „ähnliche Zeichen“ verweist. Dies führt aber nicht zu einer Ausweitung der Strafbarkeit. So wird nach der Gesetzesbegründung für die Ausschlussrechte des § 15 auf den Grundtatbestand des § 5 verweisen.⁶⁰⁵ Tatobjekte können folglich nur die dort aufgeführten geschäftlichen Bezeichnungen sein. Die Einbeziehung weiterer – wie auch immer gearteter – vergleichbarer Zeichenrechte wäre zu unbestimmt, da durch keinerlei im Gesetz angelegte Kriterien zu ermitteln.

⁶⁰¹ Zu diesen gehören Namen von natürlichen und jur. Personen, Namen von Personengesellschaften und nicht rechtsfähigen Vereinen sowie Wahlnamen eines Künstlers.

⁶⁰² Dies ist der Name des Kaufmanns, § 17 HGB. Geschützt sind Personen- und Sachfirmen, aber auch wesentliche Firmenbestandteile, sofern sie Kennzeichnungskraft und Namensfunktion besitzen und wie ein Name wirken können, vgl. BGH vom 27. September 1996, GRUR 1996, 68 (69) – Cotton Line.

⁶⁰³ Z.B. eine Etablissement-Bezeichnung. Diese kann ein frei gewähltes Wort- oder Bildzeichen sein, welches unterscheidungskräftig ist; vgl. BGH vom 30. März 1995, GRUR 1995, 507 (508) – City Hotel, m.w.N.

⁶⁰⁴ Dies sind Kennzeichen ohne Namensfunktion, so bspw. besondere Bekleidung von Angestellten, besondere Farben von Geschäftswagen, bestimmte Aufmachungen an Geschäftshäusern oder Waren, Werbesprüche etc., vgl. Hubmann/Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 45, II. 4. (S. 316).

⁶⁰⁵ Begründung zum neuen MarkenG, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft S. 70.

Der strafrechtliche Schutz der geschäftlichen Bezeichnungen erfolgt in Anlehnung an die Regelung der strafbaren Markenverletzung. Insofern ist stets ein Handeln des Täters im geschäftlichen Verkehr sowie eine kennzeichenmäßige Verwendung des verletzenden Zeichens erforderlich.⁶⁰⁶ Als besondere Verletzungshandlungen bei Unternehmenskennzeichen sind zu erwähnen die Anmeldung einer Firma zum Handelsregister⁶⁰⁷, die Verwendung einer fremden Firma als Suchwort beim eigenen Telefonbucheintrag⁶⁰⁸ oder aber die schlagwortartige Herausstellung einer Telefonnummer, die dem Verkehr als Kennzeichnung vertraut ist.⁶⁰⁹

(2) Sonderfall Internet-Domains

Internet-Domains sind zunächst keine gewerblichen Schutzrechte, da sie nur eine technische Adresse im Netz darstellen, welche die Zuordnung zu einem Rechner gewährleistet. Die Einordnung der Domains in das System der Zeichenrechte war daher lange Zeit umstritten. Nunmehr hat sich jedoch die Erkenntnis durchgesetzt, dass Internet-Domains eine Doppelfunktion zukommt, nämlich einerseits als Adresse im Internet zur Bezeichnung eines bestimmten Rechners, andererseits als namensmäßige Kennzeichnung.⁶¹⁰ Damit kann aber die Domain-Benutzung unmittelbar ältere Kennzeichenrechte verletzen, wenn die Benutzung im geschäftlichen Verkehr sowie kennzeichenmäßig erfolgt.⁶¹¹

Ungeachtet dessen können Domains zu den Geschäftsabzeichen und den sonstigen zur Unterscheidung des Geschäftsbetriebs dienenden Kennzeichen gezählt werden. Kennzeichenrechtlicher Schutz kann erlangt werden, wenn die Domain Verkehrsgeltung innerhalb der beteiligten Verkehrskreise erlangt. Sofern die Domain den Namen des Unternehmens darstellt, hat dieser natürlich schon per se Kennzeichenschutz erlangt.⁶¹² Falls der Domainname jedoch abweicht, wird teilweise die Auffassung vertreten, dass eine Domain ein Unternehmenskennzeichen nach § 5 Abs. 2 S. 1 darstellt, sofern dem Zeichen originäre Kennzeichnungskraft zukommt.⁶¹³ Die Rechtsprechung ist hier noch im Fluss, es wird letztlich darauf ankommen, ob der Domain aus sich heraus Namensfunktion zukommt oder

⁶⁰⁶ Vgl. zur Benutzung von geschäftlichen Bezeichnungen oben A. V.

⁶⁰⁷ Ekey/Klippel, MarkenR, § 15 RN 32.

⁶⁰⁸ BGH vom 30. Juni 1994, GRUR 1994, 841 (843) – Suchwort (zu § 16 UWG).

⁶⁰⁹ BGH vom 22. März 1990, GRUR 1990, 411 (714) – 4711.

⁶¹⁰ Eine der ersten Entscheidungen, die einer Domain Namensfunktion beigemessen haben, war LG Mannheim, CR 1996, 353 – heidelberg.de.

⁶¹¹ OLG Dresden vom 20. Oktober 1998, CR 1999, 589 (590) – Cyberspace.de; OLG München vom 25. März 1999, WRP 1999, 955, 959 – Shell.de.

⁶¹² Fezer, Die Kennzeichenfunktion von Domainnamen, WRP 2000, 669 (672).

⁶¹³ OLG München vom 16. September 1999, CR 1999, 778 – TNET.

nicht.⁶¹⁴ Regelmäßig wird sich die vom Firmennamen abweichende Domain jedoch als zusätzliche Unternehmenskennung darstellen, weshalb für die hier erfolgende strafrechtliche Betrachtung eine strafbare Verletzung nur bei eingetretener Verkehrsgeltung angenommen werden kann. Dies wird durch die Notwendigkeit einer einheitlichen Fortführung der Rechtsprechung des BGH zum kennzeichenrechtlichen Schutz von Telefonnummern und Fernschreibkennungen bedingt.⁶¹⁵ Ein weiteres Problem ist die weltweite Abrufbarkeit der Domains. Gemäß dem Territorialitätsprinzip des § 3 StGB ist das deutsche Strafrecht nur anwendbar, sobald die Tat im Inland begangen wurde.⁶¹⁶ § 9 StGB ergänzt dieses Prinzip, indem der Begriff des Tatorts näher erläutert wird. Eine Tat ist daher an jedem Ort begangen, an dem der Täter gehandelt hat (Tätigkeitsort) oder an dem der zum Tatbestand gehörende Erfolg eingetreten ist (Erfolgsort).⁶¹⁷ Für die weltweit in das Internet einstellbaren und überall abrufbaren Domains soll im Zivilrecht die Einschränkung gelten, dass die Anwendbarkeit des deutschen Rechts nur bei hinreichendem Inlandsbezug angenommen werden kann.⁶¹⁸ Dieser fehlt bei der Verwendung einer nicht bekannten Sprache oder bei ausdrücklicher Erklärung, dass die Webseiten nicht für Deutschland gelten und auch keine Lieferung erfolgt.⁶¹⁹ Für das Strafrecht kann diese Betrachtung übernommen werden, da der Begehungsort der Tat auch der Ort ist, an dem der Erfolg nach der Vorstellung des Täters eintreten soll.⁶²⁰ Dies lässt sich nach den dargestellten Kriterien leicht beurteilen.

(3) Inhalt und Umfang des Schutzes

aa) Identitäts- und Verwechslungsschutz

Alle genannten geschäftlichen Bezeichnungen sind zivilrechtlich gegen Verwechslung geschützt, § 15 Abs. 2. Es wird eine unbefugte Zeichenbenutzung verboten, die geeignet ist, Verwechslungen mit der geschützten geschäftlichen Bezeichnung hervorzurufen. Strafrechtlicher Schutz besteht – durch den Verweis in § 143 Abs. 1 Nr. 3 – bei einem Eingriff in die Ausschlussrechte des Inhabers einer

⁶¹⁴ Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 5 RN 74.

⁶¹⁵ BGH vom 30. Januar 1953, GRUR 1953, 290 – Fernsprechnummer; vom 18. Dezember 1985, GRUR 1986, 475 – Fernschreibkennung.

⁶¹⁶ Die zum Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse aufgenommene Vorschrift des § 5 Nr. 7 StGB, nach der auch Auslandstaten erfasst werden, ist für das Kennzeichenstrafrecht sowie die Domainfälle nicht einschlägig.

⁶¹⁷ Sch/Sch-Eser, § 9 RN 2 und 3.

⁶¹⁸ KG Berlin vom 25. März 1997, CR 1997, 685 – Concert Concept.

⁶¹⁹ Ubber, Rechtsschutz bei Missbrauch von Internet-Domains, WRP 1997, 497 (502).

⁶²⁰ Tröndle/Fischer, StGB, § 9 RN 2 ff.

geschäftlichen Bezeichnung, deren Ausgestaltung sich nach § 15 ergibt.⁶²¹ Die abweichende Formulierung „...geeignet ist, ... Verwechslungen hervorzurufen“ stammt noch aus § 16 UWG, wird aber seit jeher als Verwechslungsgefahr bezeichnet und verstanden.⁶²²

Daneben ist natürlich auch die identische Verwendung einer geschäftlichen Bezeichnung als intensivste Form der Verwechslung geschützt. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut, nachdem es untersagt ist, „die geschäftliche Bezeichnung oder ein ähnliches Zeichen...“ zu benutzen.

Anders als in § 14 Abs. 2 ist die Verwechslungsgefahr des § 15 Abs. 2 im Gesetz nicht durch einzelne Merkmale präzisiert. Nach ständiger Rechtsprechung kommt es maßgeblich auf die Ähnlichkeit der einander entgegenstehenden Bezeichnungen und auf die Kennzeichnungskraft der älteren Bezeichnung an. Zwar wird der Begriff nicht mehr einheitlich mit der Verwechslungsgefahr des § 14 verstanden⁶²³, in Bezug auf die Zeichenähnlichkeit und die Kennzeichnungskraft kann aber aufgrund der strukturellen Verwandtschaft für die Auslegung auf die zum Markenrecht entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden.⁶²⁴ Dies beinhaltet aber auch, dass ggf. der besondere Schutzzweck des § 15 berücksichtigt werden muss.⁶²⁵ Ausweislich der amtlichen Begründung soll nahtlos an die bisherige Rechtslage des § 16 UWG angeknüpft werden können.⁶²⁶ Eine Berücksichtigung europarechtlicher Auslegungsgrundsätze muss dagegen nicht erfolgen, da die MRRL nicht für Unternehmenskennzeichen gilt.

In strafrechtlicher Hinsicht begegnen diese Auslegungsgrundsätze keinen Bedenken, da sich – analog der zur markenrechtlichen Verwechslungsgefahr angestellten Betrachtung – die Verwechslungsgefahr des § 15 und ihre Einzelheiten zu den Grundpfeilern des Kennzeichenrechts entwickelt haben und ihre Tragweite und Auslegung durch eine langjährige kontinuierliche Rechtspraxis deutlich geworden sind. Der Verzicht auf die nochmalige Erwähnung der Zeichenähnlichkeit und der Kennzeichnungskraft – wobei letztere im Übrigen auch in § 14 Abs. 2 nicht im Gesetz explizit erwähnt wird – ist unter dem Aspekt der notwendigen Bestimmtheit nicht zu beanstanden.

Jedoch müssen die besonderen Funktionen der geschäftlichen Bezeichnungen beachtet werden. So tritt an die Stelle der in § 14 Abs. 2 erforderlichen Ähnlichkeit der Waren und Dienstleistungen das Kriterium der sog. „Branchennähe“, welche zwischen den Benutzern der sich entgegenstehenden Kennzeichen bestehen

⁶²¹ Gesetzesbegründung zum neuen Markenrecht, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, S. 119.

⁶²² Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 15 RN 34.

⁶²³ Ekey/Klippel, MarkenR, § 15 RN 35, m.w.N. zur neueren Rechtsprechung.

⁶²⁴ Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 15 RN 51.

⁶²⁵ Fezer, MarkenR, § 15 RN 72.

⁶²⁶ Begründung zum neuen MarkenG, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, S. 70.

muss.⁶²⁷ Diese Branchennähe ist keine tatbestandliche Schutzvoraussetzung, sondern Abwägungskriterium für die Feststellung und Begründung der Verwechslungsgefahr. Dadurch sollen sich aber – auch aufgrund der langjährigen Rechtsprechung zur Einordnung und Auslegung des Begriffs⁶²⁸ – keine Änderungen für die Beurteilung ihres Vorliegens ergeben. Branchennähe liegt vor, wenn ausreichende sachliche Berührungspunkte⁶²⁹ bestehen, so dass der Verkehr mindestens zur Annahme geschäftlicher Zusammenhänge iSd Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne kommen kann.⁶³⁰ Dem ist für die strafrechtliche Betrachtung zu folgen, zumal der Begriff schon nach dem normalen Sprachgebrauch verständlich ist. Eine Beurteilung der Reichweite der Branchennähe an diesen Kriterien führt zu einer hinreichenden Bestimmtheit des Merkmals als Teil der Verwechslungsgefahr. Eine willkürliche Entscheidungsfindung ist nicht zu erwarten.

Einbezogen wird nach ganz überwiegender Auffassung⁶³¹ auch – trotz der Nichterwähnung im Gegensatz zu § 14 Abs. 2 Nr. 2 a. E. die „Gefahr der gedanklichen Verbindung“, mithin die Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne. Da der Begriff der gedanklichen Verbindung ausweislich der eindeutigen Stellungnahme des EuGH⁶³² keine Alternative der Verwechslungsgefahr darstellt, sondern nur deren Umfang näher bestimmt, ergeben sich im Vergleich zu den entsprechenden Ausführungen bei der Verwechslung von Marken (vgl. oben b) (6)) keine weiteren Besonderheiten.

bb) Räumlicher Schutzbereich von Unternehmensbezeichnungen

Der räumliche Schutzbereich des Namens eines Unternehmens bezieht sich üblicherweise auf den gesamten Geltungsbereich des Markengesetzes, gilt also deutschlandweit.⁶³³ Etwas anderes gilt dann, wenn der Geschäftsbetrieb seiner Natur nach orts- oder regionengebunden ist und die geschäftliche Bezeichnung nur lokal, also innerhalb eines begrenzten Einzugsgebietes benutzt wird. In diesen Fällen bedarf es keines bundesweiten Schutzes, da es außerhalb der wirtschaftlichen Betätigung zu keiner Verwechslung kommen kann.⁶³⁴ Typischen Etablissementbezeichnungen – Namen von Gaststätten und Hotels, Eisdielen, Brauereien etc. – kommt demnach nur ein örtlich beschränkter Schutz zu. Einbezogen wer-

⁶²⁷ St. Rsp. BGH vom 5. Oktober 2000, GRUR 2001, 344 (345) – DB Immobilienfonds.

⁶²⁸ Nachweise in Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 15 RN 44.

⁶²⁹ BGH vom 21. November 1996, GRUR 1996, 468 (470) – NetCom.

⁶³⁰ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 15 RN 49.

⁶³¹ Eichmann, Der Schutz von bekannten Kennzeichen, GRUR 1998, 201 (213).

⁶³² EuGH vom 11. November 1997, GRUR 1998, 387 (389) Sabèl/Puma; vom 22. Juni 1999, GRUR 1999, 734 (736) – Lloyd.

⁶³³ BGH vom 29. Juni 1995, GRUR 1995, 754 (757) – Altenburger Spielkartenfabrik.

⁶³⁴ Tilmann, Grundlage und Reichweite des Handelnamensrechts, GRUR 1981, 621 (628).

den muss allerdings der Bereich, auf den die Betätigung des Unternehmens noch abstrahlt, in dem man es also noch kennt und in dem man mit seiner werbenden Tätigkeit rechnet.⁶³⁵ Auch ist die Wahrscheinlichkeit einer künftigen Ausdehnung – orientiert an der Art des Geschäftsbetriebes anhand von tatsächlich vorliegenden Anhaltspunkten – zu berücksichtigen.⁶³⁶

Eine strafbare Verletzung von örtlich begrenzten Rechten nach §§ 143 Abs. 1 Nr. 4, 15 Abs. 2 liegt daher zweifellos vor, wenn die Tat in diesem Bereich begangen wird. Danach liegt aber auch zwangsläufig eine Verletzung der örtlichen Rechte vor, sofern das jüngere, verwechselbar ähnliche Zeichen vom Täter bundesweit – bspw. im Rahmen des Internet-Vertriebs – benutzt wird. Diese Überlegung wird jedoch vom BGH dadurch relativiert, dass das zivilrechtliche Verbotungsrecht aus regionalen Kennzeichnungen zusätzlich von einer Interessenabwägung anhand aller Umstände des Einzelfalls abhängen soll. Dabei sollen die Individualinteressen der Mitbewerber abzuwägen sein, basierend auf dem Grad der Verwechslungsgefahr und der wirtschaftlichen Auswirkungen eines räumlich beschränkten Verbots auf das überregionale Unternehmen.⁶³⁷ Diese Auslegung wird von der Literatur kritisiert, da das Prioritätsprinzip relativiert würde, was im Gesetzeswortlaut keine Stütze findet und als reine Billigkeitsrechtsprechung angesehen werden kann. Die Beachtung regionaler Rechte könne auch bundesweit tätigen Unternehmen zugemutet werden.⁶³⁸

Für die – zum Zivilrecht akzessorische – Strafbarkeit der bundesweiten vorsätzlichen Verletzung einer regional geschützten geschäftlichen Bezeichnung spielt dieser Meinungsstreit keine Rolle. Regelmäßig sind keine oder nur unbeachtliche schützenswerte Interessen des vorsätzlich und schuldhaft handelnden Benutzers des jüngeren Zeichens vorhanden. Eine Einschränkung des Prioritätsgrundsatzes aufgrund von Billigkeitserwägungen ist nicht angebracht. Die Strafbarkeit scheidet daher nur aus, wenn die Verletzungshandlung des Täters nachweislich nicht im räumlichen Schutzbereich der älteren geschäftlichen Bezeichnung stattgefunden hat.

cc) Verwechslungsgefahr bei Werktiteln

Grundsätzlich ist auch bei der strafbaren Verletzung von Werktiteln aufgrund der Herbeiführung einer Verwechslungsgefahr kein Abweichen von der dargestellten

⁶³⁵ Goldmann, Der Schutz des Unternehmenskennzeichens, 2. Teil, § 13, D. I. 2. a) (S. 194), m.w.N.

⁶³⁶ BGH vom 6. Mai 1993, GRUR 1993, 523 – Pic Nic; noch zu § 16 UWG.

⁶³⁷ BGH vom 11. Oktober 1990, GRUR 1991, 155 (156) – Rialto.

⁶³⁸ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 15 RN 23, a. A. Goldmann, Der Schutz des Unternehmenskennzeichens, 2. Teil, § 13, D. I. 2. d) (S. 196); der hier eine Parallele zu § 3 UWG zieht.

Praxis notwendig. Insoweit tritt an die Stelle der Warenähnlichkeit bzw. der Branchennähe lediglich das Kriterium der Werknähe.⁶³⁹

Bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist aber zu beachten, dass Werktitel zunächst nur der Unterscheidung eines Werks von einem anderen dienen und nicht notwendigerweise einen betrieblichen Herkunftshinweis darstellen.⁶⁴⁰ Folglich sind sie nur gegen unmittelbare Verwechslungsgefahr, nämlich die Werkverwechslung als solche geschützt.⁶⁴¹ Darüber hinaus wird bspw. Schutz gegen die Vermutung eines Serientitels (mittelbare Verwechslungsgefahr) oder aufgrund der Verwendung des Titels als Marke oder Unternehmenskennzeichen aufgrund sachlicher Zusammenhänge (Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne) nur für Titel angenommen, denen ausnahmsweise ein Herkunftshinweis zukommt. Dies wird nach ständiger Rechtsprechungspraxis bejaht für bekannte Titel regelmäßig erscheinender Zeitschriften sowie für Fernseh- und Hörfunksendungen.⁶⁴² Die Bekanntheit eines solchen Titels und das regelmäßige Erscheinen im selben Verlag legen die Schlussfolgerung nahe, dass er im Verkehr jedenfalls teilweise auch als Hinweis auf die betriebliche Herkunft verstanden wird.⁶⁴³

Die damit verbundene Einschränkung der Strafbarkeit nach § 143 Abs.1 Nr. 4, 15 Abs. 2, 5 Abs. 3 orientiert sich an der werkindividualisierenden Funktion eines Titels und ist in strafrechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden. Vielmehr geht sie einher mit der Akzessorität der Strafbarkeit, welche das Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 5, 15 bedingt.

f) Ausnutzung und Beeinträchtigung bekannter geschäftlicher Bezeichnungen, § 143 Abs. 1 Nr. 5

Eine der wesentlichsten Änderungen im Vergleich zum Warenzeichengesetz war die Stärkung des Schutzes der bekannten geschäftlichen Bezeichnungen, nunmehr geregelt in § 15 Abs. 3.⁶⁴⁴ Diese konnten bislang nur über §§ 1 UWG, 12 BGB einen erweiterten – rein zivilrechtlichen – Schutz genießen und werden nun von § 143 Abs. 1 Nr. 5 auch in die Strafbarkeit einbezogen. Damit wird der erweiterte Schutz bekannter geschäftlicher Bezeichnungen – trotz Nichtbestehens einer Verpflichtung aus der MRRL – analog zu den bekannten Marken geregelt.

⁶³⁹ Begründung zum neuen MarkenG, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, S. 70.

⁶⁴⁰ BGH vom 6. Juni 2002, GRUR 2002, 1083 – 1, 2, 3 im Sauseschritt.

⁶⁴¹ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 15 RN 81.

⁶⁴² Einzelheiten bei Ströbele/Hacker-Hacker, § 15 RN 119.

⁶⁴³ BGH vom 29. April 1999, GRUR 2000, 70 (73) – SZENE.

⁶⁴⁴ Zu den weiteren Einzelheiten der Neuregelung – auch im Vergleich zu § 25d WZG – vgl. 2. Kapitel E. III.

Der Gesetzgeber folgte auch hier ersichtlich der Intention, möglichst alle Fallgestaltungen von Kennzeichenverletzungen in einem Gesetz zu vereinigen. Es wird daher auch keine eigenständige Auslegung des Bekanntheitsschutzes für geschäftliche Bezeichnungen angenommen.⁶⁴⁵ Da Unternehmenskennzeichen oder Werktitel sowohl Gegenstand von Markeneintragungen sein können als auch der Schutz teilweise erst durch Erlangung von Verkehrsgeltung entstehen kann, sei keine unterschiedliche Auslegung gerechtfertigt. Die Kriterien für die Bestimmung der Reichweite des erweiterten Schutzes sollen folglich dieselben wie für bekannte Marken sein, nämlich Bekanntheit des älteren Zeichens und unlautere Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft oder der Wertschätzung.⁶⁴⁶

Jedoch besteht der Unterschied, dass nach dem – für die strafrechtliche Anwendung ganz besonders zu beachtenden – Gesetzestext „keine Gefahr der Verwechslung bestehen“ darf. Eine gleichzeitige Verwirklichung von Verwechslungsgefahr und Rufausbeutung ist wegen dieses Exklusivverhältnisses aufgrund des eindeutigen Wortlauts unmöglich.⁶⁴⁷ Ob dagegen Branchenähnlichkeit vorliegt oder nicht, ist irrelevant. Auf dieses Merkmal wird im Tatbestand nicht abgestellt. Es können daher grundsätzlich alle Fälle fehlender Verwechslungsgefahr von der Strafbarkeit erfasst werden, gleichgültig worauf diese beruht.⁶⁴⁸

Zusätzlich zur wie bei einer Marke festzustellenden Bekanntheit der verletzten Bezeichnung und der Verwendung eines dazu identischen oder ähnlichen Zeichens im geschäftlichen Verkehr muss als Verletzungswirkung eine der vier oben c) dargestellten Eingriffstatbestände vorliegen. Da diese vom Wortlaut identisch sind und auch nach dem Willen des Gesetzgebers den markenrechtlichen Paralleltatbeständen entsprechen sollen⁶⁴⁹, kann zur Auslegung der Tatbestandsmerkmale auf die dort gemachten Ausführungen verwiesen werden.

Danach ist auch hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit der strafbaren Benutzung bekannter geschäftlicher Bezeichnungen festzuhalten, dass die notwendige Bestimmtheit nur für die Tatbestandsvarianten des Ausnutzens oder der Beeinträchtigung der Wertschätzung angenommen werden kann. Hier liegt ein schon vom Wortlaut her verständlicher und fassbarer Hinweis auf die eingetretene Rufausbeutung oder -schädigung der bekannten Bezeichnung vor, der zudem durch die langjährige kohärente Rechtsprechung in seinen Konturen ausgearbeitet wurde. Dagegen kann hinsichtlich des Beeinträchtigens oder des Ausnutzens der Unter-

⁶⁴⁵ Eichmann, Der Schutz von bekannten Kennzeichen, GRUR 1998, 201 (213).

⁶⁴⁶ Amtl. Begründung zum neuen MarkenG, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, S. 70.

⁶⁴⁷ Ekey/Klippel, MarkenR, § 15 RN 63.

⁶⁴⁸ Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 15 RN 85.

⁶⁴⁹ Begründung zum neuen MarkenG, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, S. 70, Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 15 RN 86, Fezer, MarkenR, § 15 RN 19.

scheidungskraft keine sinnvolle Abgrenzung zwischen dem noch erlaubten und dem schon verbotenen Verhalten gemacht werden. Bekannte geschäftliche Bezeichnungen werden stets durch die Verwendung eines ähnlichen Zeichens zu einem gewissen Grade in ihrer Unterscheidungskraft beeinträchtigt. Die zur Korrektur dieser Tatsache von der Rechtsprechung vorgenommene Einschränkung des Tatbestands durch das Erfordernis einer „greifbaren Beeinträchtigung“ ist jedoch nicht geeignet, die im Strafrecht notwendige Bestimmtheit herbeizuführen. Überdies wird selbst dieses ungeschriebene Merkmal nicht einheitlich verwendet und oft mehr oder weniger pauschal bejaht. In Zusammenhang mit der Tatsache, dass die Reichweite dieser Verwässerungs- bzw. Aufmerksamkeitsausbeutungstatbestände aus dem Wortlaut nicht ersichtlich ist und zudem weder von der Lehre noch der Rechtsprechung abschließend geklärt wurde, verstößt diese Alternative des § 143 Abs. 1 Nr. 5, 15 Abs. 3 gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB.

Entsprechendes gilt für den Bekanntheitsschutz von Werktiteln als Unterfall der geschäftlichen Bezeichnungen. Hier besteht lediglich die Besonderheit, dass der BGH für den erweiterten Schutz konkrete Anhaltspunkte für die Verwirklichung eines der vier Eingriffstatbestände fordert.⁶⁵⁰ Daneben wird besonders das Freihaltebedürfnis der Mitbewerber berücksichtigt, da auch und gerade bekannte Werktitel sich oftmals weitgehend in beschreibenden Angaben erschöpfen.⁶⁵¹ Diese Einschränkungen sind bei der Beurteilung etwaigen strafbaren Handelns zu berücksichtigen.

2. *Subjektiver Tatbestand*

a) Allgemeines

Eine Strafbarkeit nach § 143 MarkenG kommt nur bei vorsätzlichem Handeln in Frage, § 15 StGB. Fahrlässigkeit bei der Verletzung von Kennzeichen ist nicht mit Strafe bedroht.⁶⁵² Insofern führt das Unterlassen einer Marktbeobachtung oder die Vernachlässigung von Prüfpflichten hinsichtlich der Herkunft von Waren grundsätzlich nicht zu einer Strafbarkeit, solange die Umstände nicht zumindest auf einen Eventualvorsatz schließen lassen (dazu unten b).

⁶⁵⁰ BGH vom 29. April 1999, GRUR 2000, 71 (73) – SZENE.

⁶⁵¹ BGH vom 1. März 2001, GRUR 2001, 1054 (1057) – Tagesreport.

⁶⁵² Unter Geltung des alten WZG war das fahrlässige Versehen von Waren mit falschen Herkunftsangaben strafbewehrt, § 26 WZG. Diese Regelung wurde nicht in das neue MarkenG übernommen.

Im StGB gibt es keine Legaldefinition des Vorsatzes, vielmehr wurde die Bestimmung von Rechtsprechung und Lehre übernommen. Üblicherweise wird danach der Vorsatz als das Willen und Wollen der zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Tatbestand gehörenden objektiven Merkmale bestimmt.⁶⁵³ Da keine Notwendigkeit besteht, von dieser Definition im Markenrecht abzuweichen, muss sich der Vorsatz auf alle objektiven Tatumstände der Kennzeichenverletzung beziehen.⁶⁵⁴ Eine Bestrafung kann danach nur erfolgen, wenn dem Täter der tatbestandliche Erfolg subjektiv zugerechnet werden kann. Dies ist dann der Fall, wenn er den Willen zum Eingriff in fremde Markenrechte in Kenntnis aller objektiven Tatumstände hat.⁶⁵⁵ Aufgrund der Verweisung der einzelnen Alternativen des § 143 auf die §§ 14 Abs. 2 und Abs. 4 sowie 15 Abs. 2 und Abs. 3 muss sich der Vorsatz auch auf die dort aufgeführten Merkmale beziehen. Denn der komplette Verbotsinhalt ergibt sich bei dem Blankettgesetz des § 143 erst aus der Verbindung mit diesen ausfüllenden Normen.⁶⁵⁶

Im Einzelnen ist jedoch keine genaue Kenntnis aller Einzelheiten des Tatbestands erforderlich. Vielmehr genügt bei deskriptiven Tatbestandsmerkmalen wie der Benutzung einer Marke die Kenntnis des natürlichen Sinngehalts. Bei normativen Merkmalen muss zusätzlich eine Parallelwertung in der Laiensphäre vorliegen. Hinsichtlich dieser Merkmale muss der Täter deren rechtsgutbezogenen Bedeutungsgehalt und die Verletzungsbedeutung seines Verhaltens nach Laienart richtig erfasst haben.⁶⁵⁷ Normative Tatbestandsmerkmale sind alle wertausfüllungsbedürftigen Begriffe des § 143 wie z.B. die Verwechslungsgefahr mit ihren einzelnen Elementen wie die Kennzeichnungskraft sowie die Waren-/Dienstleistungs-, Zeichen-, Branchen- oder Werkähnlichkeit. Des Weiteren kann aber auch bei Tatbestandsmerkmalen wie der kennzeichenmäßigen Benutzung, dem Vorliegen einer bekannten Marke oder der Feststellung der eingetretenen Beeinträchtigung der Wertschätzung, der Inhalt nur vom Richter im Sinne eines Werturteils festgestellt werden. Insofern liegt der notwendige Vorsatz immer dann vor, wenn der Markenverletzer im Wege eines laienhaften Bewusstseins den Sachverhalt kennt, der das jeweilige Tatbestandsmerkmal ausfüllt. Dies dürfte in den meisten strafrechtlich verfolgten Fällen keine Probleme bereiten, da dem Täter die kennzeichenmäßige Verwendung eines – meist hochgradig – ähnlichen Zeichens für identische oder ähnliche Waren bewusst ist. Gleiches gilt für das Handeln im ge-

⁶⁵³ Sch/Sch-Cramer, StGB, § 15 RN 9. Eine etwas andere Definition, die jedoch gleichfalls auf die zwei Elemente Wissen und Wollen abstellen, findet sich bei Wessels/Beulke, Strafrecht AT, § 7 I 1; sowie bei Tröndle/Fischer, StGB, § 15 RN 2.

⁶⁵⁴ Fezer, MarkenR, § 143 RN 20.

⁶⁵⁵ So schon das RG vom 12. Mai 1894, RGSt 42, 137 (138).

⁶⁵⁶ Zu Blankettgesetzen: Wessels/Beulke, Strafrecht AT, § 4 I. (RN 106).

⁶⁵⁷ Wessels/Beulke, Strafrecht AT, § 7 III. 2. RN 243.

schäftlichen Verkehr, dessen Nichtvorliegen jedoch manchmal als Ausrede zur Abwendung der Strafverfolgung benutzt wird. Schließlich wird auch die Kenntnis von der Bekanntheit der Marke und deren Rufausbeutung regelmäßig in entsprechenden Fällen vorliegen.

In diesem Zusammenhang ist wesentlich, dass das Vorliegen des Vorsatzes als subjektives Tatbestandsmerkmal naturgemäß schwieriger nachzuweisen ist als der objektive Tatbestand. Erleichtert wird der Nachweis durch das Bestehen einer starken tatsächlichen Vermutung für Vorsatz, wenn die Nachahmung augenfällig ist und eine einleuchtende, unverfängliche Erklärung für die Kennzeichenbenutzung fehlt. Gibt der Verletzer glaubhafte Gründe trotz Vorhalts nicht an, oder nennt er gar falsche Gründe, so kann das Gericht dies als Indiz verwerten.⁶⁵⁸

b) Bedingter Vorsatz

Neben dem unbedingten Vorsatz in den Formen der Absicht und des direkten Vorsatzes ist auch die bedingt vorsätzliche Markenverletzung strafbar.⁶⁵⁹ Auch diesbezüglich besteht keine Abweichung zum sonstigen Strafrecht. Der Verletzer muss die Beeinträchtigung der durch §§ 14, 15 geschützten Kennzeichen zumindest als möglich erachten und den als ernsthaft möglich erkannten Verletzungserfolg billigend in Kauf genommen haben.⁶⁶⁰

Kein Problem ist die Feststellung des zumindest bedingten Vorsatzes in der Regel bei gewerbsmäßig handelnden Fälschern. Dies belegt schon die besonderen Methoden, wie die gefälschten Produkte in den Handel gebracht werden. Auch die oftmalige Identität oder Fast-Identität der Zeichen, die die bewusste und willentliche Anlehnung an die Originalkennzeichen ohne weiteres erkennen lassen, indiziert den Vorsatz. Oftmals liegt auch weiteres Beweismaterial wie heimliche Angebotslisten vor, bei denen vor Schutzrechten oder bestimmten Herstellern gewarnt wird.⁶⁶¹ Bei identischer oder stark angenäherter Übernahme einer bekannten Marke für gleiche oder nahe verwandte Waren darf mindestens bedingter Vorsatz unterstellt werden.⁶⁶²

Eine weitere Erleichterung des Vorsatznachweises ist die Tatsache, dass dem Handel nach Auffassung des BGH aufgrund der verstärkten Pirateriefälle umfas-

⁶⁵⁸ Baumbach/Hefermehl, WZG, § 24 RN 60. Zu Problemen bei der Strafverfolgung in der Praxis vgl. 5. Kapitel C. IV., D. II. und III.

⁶⁵⁹ Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 143 RN 27; Fezer, MarkenR, § 143 RN 20.

⁶⁶⁰ Harte-Bavendamm-Holler, Handbuch der Markenpiraterie, § 5 Abschnitt 4, B. II. 2.(S.137).

⁶⁶¹ So für das Patentrecht, gültig aber auch für das Markenrecht: Kröger/Bausch, Produktpiraterie im Patentwesen, GRUR 1997, 321 (325).

⁶⁶² Winter, Die internationale Markenpiraterie, GRUR 1981, 782 (784).

sende Prüfpflichten zukommen.⁶⁶³ Dazu gehört die Pflicht der Einkäufer von Markenwaren, der Echtheit der Ware im Sinne der Herkunft vom Markeninhaber besondere Aufmerksamkeit zu schenken. Während jedoch – anders als im Zivilrecht – fahrlässiges Handeln nicht ausreicht, kann sich der Vorwurf des bedingten Vorsatzes aus Anhaltspunkten ergeben, die ernsthafte Zweifel an der Herkunft der Waren begründen, bspw. bei einem Erwerb außerhalb des üblichen Vertriebswegs. In diesem Fall obliegen dem Erwerber besondere Nachforschungspflichten. Derjenige, der diesen Pflichten nicht entspricht, sondern bewusst die Augen verschließt und die Beeinträchtigung von älteren Kennzeichenrechten zumindest als möglich erachtet, ernst nimmt und billigend in Kauf nimmt, wird den Vorwurf des bedingten Vorsatzes nur schwer entkräften können.⁶⁶⁴

Ein sich weniger in rechtlicher, jedoch möglicherweise in tatsächlicher Hinsicht ergebendes Problem ist die Tatsache, dass bedingter Vorsatz nicht nur bei gezielt handelnden Markenpiraten, sondern auch bei Konkurrenten des Markeninhabers vorliegen kann. Sofern sie ähnliche oder identische Waren anbieten, die mit einem zu einer älteren Marke verwechselbar ähnlichen Zeichen versehen sind, verwirklichen sie den objektiven Tatbestand des § 143 Abs. 1 Nr. 1. Sofern sie die Tatumstände kennen, handeln sie vorsätzlich. Bedingter Vorsatz liegt aber spätestens dann vor, wenn sie vom Markeninhaber im Wege der Abmahnung auf die älteren Rechte hingewiesen werden. Sofern dann – möglicherweise aufgrund eines unbeachtlichen Subsumtionsirrtums – die kennzeichenverletzenden Waren weiter vertreiben werden, später aber das Bestehen von Verwechslungsgefahr festgestellt wird, haben sie den Taterfolg billigend in Kauf genommen und können strafrechtlich belangt werden. Wenn auch eine strafrechtliche Verfolgung solcher Markenverletzer regelmäßig nicht stattfindet, ist sie theoretisch möglich und könnte zur Kriminalisierung von Konkurrenten eingesetzt werden.

Dieses Problem könnte rechtspolitisch möglicherweise dadurch gelöst werden, indem man ein Handeln „wider besseres Wissen oder „wissentlich“ voraussetzt. Diese Beschränkung auf den direkten Vorsatz hat der Gesetzgeber im Kernstrafrecht z.B. in den §§ 145 d, 164, 258 StGB bzw. in den §§ 145, 278 StGB vorgenommen.⁶⁶⁵ Erfordernis wäre dann, dass der Täter weiß oder es als sicher voraussieht, dass sein Handeln zur Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestands führt.⁶⁶⁶ Das reine Wissen um eine mögliche Tatbestandserfüllung reicht dagegen nicht aus.

⁶⁶³ BGH vom 18. Dezember 1986, GRUR 1987, 520 ff. – Chanel No. 5.

⁶⁶⁴ Harte-Bavendamm-Holler, Handbuch der Markenpiraterie, 3. Kapitel § 5, 4. Abschnitt, B. II. 2. (S. 137/138).

⁶⁶⁵ Zu den Vor- und Nachteilen dieser Lösung vgl. 7. Kapitel B. III. 3. und D.

⁶⁶⁶ Wessels/Beulke, Strafrecht AT, § 7 II 2. (RN 213).

c) Besondere subjektive Tatbestandsmerkmale

Neben dem bei allen Tatbestandsalternativen des § 143 notwendigen mindestens bedingten Vorsatz verlangen die zum Schutz bekannter Kennzeichnungen geschaffenen Tatbestände des §§ 143 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 5 das zusätzliche subjektive Tatbestandsmerkmal der „Absicht“, die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung einer bekannten Marke / einer bekannten geschäftlichen Bezeichnung auszunutzen oder zu beeinträchtigen. Die Absicht ist Bestandteil des subjektiven Unrechtstatbestands und steht als Merkmal eigenständigen Charakters selbstständig neben dem Tatbestandsvorsatz.⁶⁶⁷ Der strafrechtliche Schutz ist somit an strengere Voraussetzungen geknüpft als der zivilrechtliche Schutz nach §§ 14 Abs. 2 Nr. 3, 15 Abs. 3.⁶⁶⁸

Absicht ist die gesteigerte Form des direkten Vorsatzes. Bei der absichtlichen Handlung kommt es dem Täter gerade auf den Erfolgseintritt an.⁶⁶⁹ Folglich steht das voluntative Element des Vorsatzes im Vordergrund, während in kognitiver Hinsicht ein „für möglich Halten“ des Taterfolgs ausreicht. Die Verwendung des Begriffs der Absicht in strafrechtlichen Tatbeständen führt aber nicht stets automatisch dazu, dass *dolus directus* ersten Grades vorliegen muss. Vielmehr verwendet der Gesetzgeber diese Formulierung nicht einheitlich, sondern weist oftmals nur darauf hin, dass ein zusätzliches subjektives Element gefordert wird.⁶⁷⁰ Insofern ist für das Markenstrafrecht zu klären, welche Vorsatzformen unter die absichtliche Begehung subsumiert werden können.

Dabei ist zunächst festzuhalten, dass die von der Absicht umfassten Tatbestandsmerkmale des § 143 Abs. 1 Nr. 2 und 5 auch objektiv vorliegen müssen. Es handelt sich nicht um Delikte mit sog. überschießender Innentendenz, bei denen in subjektiver Hinsicht mehr verlangt wird als objektiv passiert sein muss.⁶⁷¹ Die Absicht konstituiert nicht den Deliktstyp, wie dies bei Diebstahl oder Betrug der Fall sein soll.⁶⁷² Folglich wird in diesen Fällen *dolus directus* ersten Grades gefordert.

Dagegen erfolgte die Einführung des Erfordernisses der absichtlichen Handlungsweise im Markenstrafrecht nur aus der bereits dargestellten Intention des Gesetzgebers, eine Beschränkung des Tatbestands zu erreichen. Es sollten mögliche Probleme mit dem Bestimmtheitsgebot aufgrund der weiten Fassung des objektiven Tatbestands vermieden werden. *Schiwek* hält daher eine Einengung nicht

⁶⁶⁷ Wessels/ Beulke, Strafrecht AT, § 7 II 1.

⁶⁶⁸ Harte-Bavendamm-Holler, Handbuch der Markenpiraterie, § 5, Abschnitt 4, B. II. 2., RN 154 (S. 138).

⁶⁶⁹ BGHSt 16,1; 18, 246: 21, 348.

⁶⁷⁰ So bspw. die „Nachteilszufügungsabsicht“ in § 274 StGB, bei der nach ganz h.M. direkter Vorsatz ausreichen soll, Sch-Sch-Cramer, StGB, § 274, RN 15.

⁶⁷¹ So wie die Zueignungsabsicht bei § 242 StGB.

⁶⁷² Roxin, Strafrecht AT, Bd .1. § 12 RN 13.

für geboten und lässt beide Formen des *dolus directus* ausreichen.⁶⁷³ *Hacker* dagegen geht von dem Erfordernis der zielgerichteten Absicht der Schädigung als strengster Form des Vorsatzes aus.⁶⁷⁴

Der Ansicht *Schiweks* ist zu folgen, wonach keine Absicht im technischen Sinne zu fordern ist. Der Straftatbestand stellt zwar nicht den Eintritt der Rufschädigung etc. unter Strafe, sondern knüpft vielmehr daran an, dass der Täter eine Rufschädigung etc. mit der Kennzeichenverletzung erreichen wollte. Gleichwohl wird die Schädigung des älteren Kennzeichens selten echtes Motiv der Tat sein, sondern lediglich als notwendige Konsequenz des täterschaftlichen Handelns hingenommen.⁶⁷⁵ Insofern wird es genügen, wenn der Täter in sicherem Wissen um den Eintritt der – verfassungsgemäßen und daher allein anwendbaren – Beeinträchtigung oder Ausnutzung der Wertschätzung der bekannten Marke oder der geschäftlichen Bezeichnung handelt. Daneben ist natürlich auch ausreichend, dass es dem Täter gerade auf den Eintritt der Verletzungswirkung ankommt, um nämlich den Ruf der bekannten Marke für sich auszubeuten. Diese mindestens erforderliche Wissentlichkeit soll schon aus dem Ziel des Täters, die mit dem rufschädigenden oder –ausbeutenden Kennzeichen versehenen Waren zu verkaufen, indiziert werden.⁶⁷⁶

Eine entsprechende Absicht wird auch in § 143 Abs. 1 Nr. 3 b verlangt. Hier muss die Verwendung der rechtsverletzenden Kennzeichnung auf einer Verpackung oder einem Kennzeichnungsmittel in der Absicht erfolgen, die Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Wertschätzung oder der Unterscheidungskraft einer bekannten Marke zu ermöglichen. Es reicht daher aus, wenn sich diese Ermöglichungsabsicht auf eine spätere, auch von einem Dritten durchzuführende Verletzung einer bekannten Marke bezieht. Der Täter muss in diesem Fall jedoch hinreichende Kenntnis von dem Handeln des Dritten besitzen, da ansonsten ein sicheres Wissen um den Eintritt der Verletzungswirkung nicht vorliegen wird. Eine eigene Verletzungshandlung muss nicht beabsichtigt sein. Im Übrigen wird auch hier der direkte Vorsatz ausreichen.

Schließlich fordert auch das in § 14 Abs. 3 Nr. 2 geregelte Benutzungsbeispiel neben dem objektiv lediglich erforderlichen Besitz der fälschlich gekennzeichneten Ware die Absicht des Täters, die Waren anzubieten oder in den Verkehr zu bringen. Sofern es sich um größere Mengen von kennzeichenverletzenden Waren handelt, dürfte dieser Nachweis leicht zu führen sein.

⁶⁷³ Schiwiek, Die Strafbarkeit der Markenpiraterie, 4. Teil D. II. 1. (S. 100).

⁶⁷⁴ Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 143 RN 27.

⁶⁷⁵ BGH vom 8. Oktober 1953, NJW 1953, 1924 – Zur Nachteilszufügungsabsicht in § 274 StGB.

⁶⁷⁶ Schiwiek, Die Strafbarkeit der Markenpiraterie, 4. Teil D. II. 1. (S. 100).

II. Qualifizierte Kennzeichenverletzung

1. Allgemeines

Der Qualifikationstatbestand der vorsätzlichen gewerbsmäßigen Kennzeichenverletzung, § 143 Abs. 2, wurde erstmals mit dem Produktpirateriegesetz am 1. Juli 1990 eingeführt. Der Abgrenzung der „normalen“ Markenverletzungen von den Fällen der Piraterie wurde trotz nachdrücklicher Forderungen seitens der Industrie nicht durch Schaffung eines speziellen Produktpiraterietatbestands Rechnung getragen. Vielmehr sollten die gezielten und planmäßigen Rechtsgutverletzungen mit der Schaffung eines Qualifikationstatbestands eingedämmt werden.⁶⁷⁷ Der dazu neu geschaffene § 25d Abs. 2 WZG wurde später identisch in das neue Markengesetz übernommen.⁶⁷⁸ Die Gesetzesbegründung beschränkt sich insofern darauf, auf das WZG zu verweisen.⁶⁷⁹

Bei der Beurteilung von Kennzeichenverletzungen muss somit zwischen dem Grunddelikt der einfachen und der Qualifikation der gewerbsmäßigen Schutzrechtsverletzung unterschieden werden, was sich neben dem höheren Strafraumen von bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe auch auf das Erfordernis eines Strafantrags auswirkt. Ein solcher ist bei der Qualifikation nicht erforderlich, die Ermittlungen müssen aufgrund der Ausgestaltung als Offizialdelikt von Amts wegen aufgenommen werden.⁶⁸⁰

2. Gewerbsmäßigkeit

Voraussetzung des strafschärfenden Eintritts der Qualifikation des § 143 Abs. 2 ist eine „gewerbsmäßige Handlungsweise“ des Täters. Gewerbsmäßigkeit erfordert ein „mehr“ gegenüber dem bereits im Grundtatbestand aufgeführten Merkmal des Handelns im „geschäftlichen Verkehr“. Der Gesetzgeber hat die Gewerbsmäßigkeit als strafschärfendes persönliches Merkmal im Sinne von § 28 Abs. 2 StGB ausgestaltet.⁶⁸¹ Anstifter und Teilnehmer können folglich nur nach der Qualifikation bestraft werden, wenn sie selbst gewerbsmäßig gehandelt haben. Der Begriff der Gewerbsmäßigkeit wird an vielen Stellen im Kernstrafrecht⁶⁸², aber auch bei den verschiedenen gewerblichen Schutzrechten, so §§ 142 Abs. 2

⁶⁷⁷ Die Gesetzesbegründung spricht davon, dass die gewerbsmäßigen Schutzrechtsverletzungen die mit dem Schlagwort „Piraterie“ umschriebenen Fälle erfassen, Bl. f. PMZ 1990, S. 172 (178).

⁶⁷⁸ Zur Entstehungsgeschichte vgl. 2. Kapitel E. II. 2.

⁶⁷⁹ Begründung zum neuen MarkenG, Bl. für PMZ 1994, Sonderheft, S. 120.

⁶⁸⁰ Dazu 4. Kapitel B. I. 4. b).

⁶⁸¹ Tröndle-Fischer, StGB, § 28 RN 6.

⁶⁸² So in den §§ 243 Abs. 1 S.1 Nr. 3; 260 Abs. 1 Nr. 1; 260a Abs. 1; 180a Abs. 1; 181 Abs. 1 Nr. 2;

PatG, 51 Abs. 2 GeschmMG⁶⁸³, 25 Abs. 2 GebrMG, 108a UrhG, verwendet. Ausweislich der Gesetzesbegründung zum PrPG dient das Element der Abgrenzung von lediglich einmalig oder gelegentlich begangenen Straftaten von Handlungen solcher Täter, die praktisch das Begehen von Straftaten zu ihrem Gewerbe machen. Der Täter muss dabei vorsätzlich, gezielt und wiederholt (oder in Wiederholungsabsicht) Schutzrechtsverletzungen begehen, um sich aus der Begehung gerade dieser Straftaten eine fortdauernde Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang zu verschaffen.⁶⁸⁴ Die Gesetzesbegründung übernimmt dabei die von der Rechtsprechung zum Kernstrafrecht – insbesondere zur gewerbsmäßigen Hehlerei und zum gewerbsmäßigen Diebstahl – entwickelten Kriterien.⁶⁸⁵ Das Tatbestandsmerkmal der Gewerbsmäßigkeit kennzeichnet den Täter und die von ihm ausgehende Wiederholungsfahr.⁶⁸⁶ Einen eigenen Gewerbebetrieb muss er nicht besitzen. Auch ein Nebenerwerb kann genügen, allerdings muss dieser „einigen Umfang“ der Einnahmequelle ausmachen.⁶⁸⁷ Schließlich braucht nicht das Vorliegen mehrerer Taten nachgewiesen zu werden, da schon aus der Anlage und Ausführung der ersten Tat auf die Absicht geschlossen werden kann, sich durch wiederholte Begehung eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle zu verschaffen.⁶⁸⁸

Bei der Feststellung des gewerbsmäßigen Handelns bestehen grundsätzlich keine Besonderheiten gegenüber der Auslegung des Tatbestandsmerkmals in anderen Strafvorschriften. Sofern eine größere Menge an markenverletzenden Waren aufgefunden wird, stellt dies ein starkes Indiz nicht nur für ein Handeln im geschäftlichen Verkehr dar, sondern auch für ein gewerbsmäßiges Handeln. Zu beachten ist lediglich, dass nicht jede im Rahmen eines Gewerbebetriebs begangene Kennzeichenverletzung von der Qualifikation erfasst werden soll.⁶⁸⁹ Wie auch in den insoweit vergleichbaren Tatbeständen des §§ 243 Abs. 1 Nr. 3, 260 StGB sollte das bloße Handeln im Rahmen eines Gewerbebetriebs weder gemeint noch einbe-

181a Abs. 2.

⁶⁸³ In der Neufassung vom 1. Juni 2004.

⁶⁸⁴ Begründung zum PrPG, Bl. für PMZ 1990, 172 (179).

⁶⁸⁵ RG vom 27. November 1923, RGSt 58, 19/20; vom 5. Mai 1930, RGSt 64, 151 (154); BGH vom 4. Mai 1951, BGHSt 1, 383; vom 29. Oktober 1980, BGHSt 29, 187 (189); sogar: Brockhaus, Enzyklopädie in 24 Bänden, im Internet unter www.xipolis.net.

⁶⁸⁶ Tilmann, Der Schutz gegen Produktpiraterie nach dem Gesetz von 1990, S. 85 (87).

⁶⁸⁷ BGH vom 8. November 1951, BGHSt 1, 383, Sch/Sch-Stree, Vorb. § 52 RN 95.

⁶⁸⁸ Fezer, MarkenR, § 143 RN 29, allgemein: Tröndle/Fischer, StGB, vor § 52 RN 43. (alt..)

⁶⁸⁹ Begründung zum PrPG, Bl. für PMZ 1990, 172 (179).

zogen sein.⁶⁹⁰ Eine nur gelegentlich der Ausübung eines Gewerbebetriebs vorgenommene Kennzeichenverletzung ist folglich noch nicht gewerbsmäßig.⁶⁹¹ Teilweise wird kritisiert, dass der Qualifikationstatbestand bei erstmals auffälligen Tätern auch bei Sicherstellung großer Mengen von nachgeahmten Waren häufig von den Ermittlungsbehörden abgelehnt wird.⁶⁹² In diesen Fällen kann jedoch zumindest die Absicht der wiederholten Begehung angenommen werden, zumal größere Mengen von Waren nicht auf einmal, sondern nach und nach abgesetzt werden und damit der Erzielung fortlaufender Einnahmen dienen. Ein weiteres Indiz für gewerbsmäßiges Handeln stellt schließlich das Auffinden von nachgeahmten Waren unterschiedlichster Hersteller dar.⁶⁹³ In diesen Fällen kann von einer gelegentlichen Handlung wohl kaum noch gesprochen werden. Neben diesen eher in der praktischen Anwendung bestehenden Problemen sind die aus dem Kernstrafrecht stammenden und in langjähriger Rechtsprechungspraxis angewandten Kriterien zur Bestimmung des gewerbsmäßigen Handelns ausreichend, die Reichweite des Qualifikationstatbestands wirksam zu ermitteln. Rechtliche Probleme im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG stellen sich an dieser Stelle nicht.

3. Kritik

Trotz der Verwendung des bereits aus dem Kernstrafrecht bekannten Tatbestandsmerkmals der „gewerbsmäßigen“ Handlungsweise bei der Formulierung des Qualifikationstatbestandes wurde dieses in einem Gesetz, in welchem das „gewerbliche“ Handeln eine zentrale Rolle spielt, teilweise als unglücklich empfunden.

Wölfel⁶⁹⁴ war im Jahre 1989 der Ansicht, dass auch seriöse Unternehmer, die nach Abmahnung gleichwohl ihr Handeln fortsetzen, Gefahr laufen, in den Anwendungsbereich der gewerbsmäßigen Handlungsweise geraten können. Denn diese handeln mit ihren Waren oder Dienstleistungen immer im geschäftlichen Verkehr, so dass sie ggf. strafrechtlich in einen Topf mit professionellen Fälschern geworfen werden. Zumindest habe es der Gesetzgeber versäumt, den Strafgerichten klare Vorgaben zur Identifizierung von Markenpiraten in die Hand zu geben, was zu vermeidbaren Unsicherheiten im Umgang mit dem – damals neuen – Straftatbestand führen könne.

⁶⁹⁰ BGH vom 2. Dezember 1954, GA 1955, 212.

⁶⁹¹ Meister, Aspekte der Produktpiraterie, WRP 1991, 137 (142).

⁶⁹² Wabnitz/Janovsky-Möller, Wirtschaftsstrafrecht, 15. Kapitel, III. 3. RN 23 (S. 965).

⁶⁹³ Wabnitz/Janovsky-Möller, aaO, (S. 965)

⁶⁹⁴ Wölfel, Rechtsfolgen von Markenverletzungen, 5. Kapitel, B. II. 2. (S. 180).

Tilmann sah kurz darauf in dem bloßen Bezug auf die Handlungsweise des Täters die Gefahr einer zu eingeschränkten Anwendbarkeit der Strafschärfung.⁶⁹⁵ Denn einerseits erfasse das Erfordernis der Gewerbsmäßigkeit nicht alle Möglichkeiten einer besonders schweren Rechtsgutverletzung. So bleibe die vollständige, jedoch nur einmalige Nachahmung unberücksichtigt. Gleiches gelte für die unverzügliche Fälschung eines Produkts in der Produkteinführungsphase. Andererseits sei im Fall eines erstmals gefassten Händlers die Absicht der Wiederholung und damit ein gewerbsmäßiges Handeln schwer nachzuweisen. Umgekehrt bestehe keine Gefahr, dass – obwohl gewerblich tätige – Unternehmen, die in fremde Schutzrechte eingreifen, in den Anwendungsbereich des Qualifikationstatbestandes geraten.

Knaak vertrat schließlich die Auffassung, dass angesichts der Konturenlosigkeit des neuen Straftatbestandes er in der Praxis nur geringe Akzeptanz finden wird.⁶⁹⁶ Die letzten beiden Autoren forderten daher klare Vorgaben für die Rechtsanwender, wie sie durch einen eigenständigen Tatbestand der Produktpiraterie geschaffen werden könnten.

Dagegen ist einzuwenden, dass der Gesetzgeber mit der derzeitigen Fassung des Qualifikationstatbestands zum einen auf im Kernstrafrecht bewährte Elemente zurückgegriffen hat und sich zum anderen wohl auch ein Höchstmaß an Flexibilität erhalten wollte. Insofern ist die geäußerte Kritik kein Problem der Bestimmtheit – die Reichweite der Vorschrift ist wie bereits dargestellt eindeutig bestimmbar –, sondern die möglicherweise in manchen Fällen nicht sachgerechte Fassung des Tatbestandsmerkmals ist eine rechtspolitische Frage. Es liegt am Gesetzgeber zu entscheiden, ob er die sich daraus ergebenden Fallgestaltungen hinnimmt und die Praxis Missstände korrigieren lässt oder ob er irgendwann eine Einschränkung bzw. Präzisierung des Qualifikationstatbestands vornimmt. Der Strafrichter kann die ggf. mindere Intensität des Eingriffs in ein Kennzeichenrecht bis dahin nur über den geringeren Schuldvorwurf und das Strafmaß berücksichtigen. Entsprechendes gilt für die Einbeziehung möglicherweise von der Qualifikation nicht erfasster Verletzungshandlungen, deren gesteigertes Unrecht ebenfalls nur im Rahmen des Strafmaßes des Grundtatbestands berücksichtigt werden kann.⁶⁹⁷

⁶⁹⁵ Tilmann, Das neue Produktpirateriegesetz, Vortrag des Arbeitskreises Mannheim der GRUR e.V., Bericht in GRUR 1990, 996 (997).

⁶⁹⁶ Knaak, Die nationalen und internationalen Arbeiten gegen die Markenpiraterie, GRUR Int. 1988, 1 (5).

⁶⁹⁷ Zur in der Verfolgungspraxis ganz unterschiedlichen Anwendung des Qualifikationstatbestands vgl. 6. Kapitel, C. IV. 1. d) und 2) sowie D. III. 4. c); zu den Forderungen nach einem speziellen Produktpiraterietatbestand vgl. 7. Kapitel B.

III. Versuch der Tat

Hinsichtlich sämtlicher Tatbestandsalternativen des § 143 ist der Versuch der Tat strafbewehrt, §§ 143 Abs. 3, 23 Abs. 1, 12 Abs. 2 StGB. Die Strafbarkeit des Versuchs der Kennzeichenverletzung wurde im deutschen Markenrecht ebenfalls durch das Produktpirateriegesetz im Jahre 1990 eingeführt, § 25 Abs. 3 WZG. Man wollte damit den strafrechtlichen Schutz vorverlegen, um die inzwischen massenhaft auftretenden Schutzrechtsverletzungen zu bekämpfen und Lücken der Strafbarkeit zu schließen. Ausweislich der Gesetzesbegründung sollten vor allem die Fälle erfasst werden, in denen Einzelteile eines Produkts bis zuletzt getrennt gehalten werden und erst kurz vor dem Verkauf oder Vertrieb zu einer dann schutzrechtsverletzenden Ware zusammengefügt werden.⁶⁹⁸ Diese Vorgehensweise soll bis dato vor allem bei der Textilfälschung üblich gewesen sein. Markenetiketten und Rohware wurden solange getrennt gehalten, bis eine konkrete „Kundenbestellung“ vorlag.⁶⁹⁹ Daher war in der Vergangenheit bei der Aufdeckung von Fälscherwerkstätten oft keine strafrechtliche Handhabe gegeben, da keine fertige Piratenware gefunden wurde.

Die Strafbarkeit des Versuchs bezieht sich wie dargestellt sowohl auf den Grundtatbestand als auch auf das qualifizierte Delikt. Dadurch sollen Maßnahmen der Strafverfolgungsbehörden – beispielsweise die Sicherstellung von Waren - schon zu Beginn der Ermittlungen möglich gemacht werden, unabhängig vom später tatsächlich verwirklichten Tatbestand.⁷⁰⁰

Durch die nunmehr durch § 143 verwirklichte Bezugnahme der Strafvorschriften auf die umfassenden zivilrechtlichen Verbotstatbestände, ist die praktische Relevanz der Versuchsstrafbarkeit teilweise entfallen.⁷⁰¹ So erfasst § 14 Abs. 4 i.V.m § 143 Abs. 1 Nr. 3 auch Vorbereitungshandlungen, bei denen noch keine Verbindung der Ware mit dem Kennzeichen erfolgt ist. Die Tat ist daher schon vollendet, wenn eine einzige dieser Benutzungshandlungen vorgenommen wurde, also insbesondere durch die in § 14 Abs. 3 und 4 MarkenG aufgezählten und deswegen in § 143 MarkenG nicht wiederholten Verletzungshandlungen.⁷⁰² Der ursprünglich vom Gesetzgeber zgedachte Anwendungsbereich des Versuchs, nämlich das separate Herstellen bzw. „Besorgen“ und spätere Zusammenfügen von Einzelteilen fällt nunmehr fast immer bereits in den Bereich der vollendeten Tat. Eine Versuchsstrafbarkeit kommt nur dann in Betracht, wenn die Kennzeichnungsmittel selbst noch nicht fertig gestellt sind. Ein unmittelbares Ansetzen zur Tat kann dann in dem Beginn der Herstellung der Kennzeichnungsmittel gesehen

⁶⁹⁸ Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Produktpiraterie, BT-Ds 11/4792, S. 24.

⁶⁹⁹ Cremer, Bekämpfung der Produktpiraterie, Mitt. 1992, S. 153 (160).

⁷⁰⁰ Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Produktpiraterie, aaO, S. 24.

⁷⁰¹ Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 143 RN 33.

⁷⁰² Begründung zum neuen MarkenG, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, S. 119.

werden, sofern diese Handlung unmittelbar und ohne wesentliche Zwischenschritte in den Tatbestand des zweckgerichteten Besitzes mündet.⁷⁰³

Gleichwohl ist die tatsächliche Relevanz des Versuchs nach wie vor sehr gering. So ergab die Auswertung der Produktpiraterieberichte für den ersten Bericht keine und für den zweiten Bericht nur zwei Angaben über Verurteilungen wegen Versuchs einer Schutzrechtsverletzung. Auch aus der eigenen Umfrage ist zu ersehen, dass im Umfragezeitraum von 2001 bis Mitte 2003 bei 34 Staatsanwaltschaften, bei denen Fälle von Markenverletzungen bearbeitet wurden, keine Verfahren wegen des Versuchs des § 143 MarkenG bekannt wurden.⁷⁰⁴

Ein gewisses Anwendungsgebiet des Versuchs der Kennzeichenverletzung ergibt sich allenfalls aus den in den letzten Jahren stark zunehmenden Fällen des sog. Domain-Grabbing. In diesen Fällen registriert der Täter Domains, die den Namen bekannter Unternehmen oder deren Kennzeichnungen enthalten. Später werden die Domains dann den Zeicheninhabern zum Verkauf angeboten. In einem vom Landgericht München II zu beurteilenden Fall wurde – neben versuchter Erpressung und vollendeter Kennzeichenverletzung – auch das Vorliegen von versuchter Kennzeichenverletzung angenommen. Zur Versuchsstrafbarkeit kam es, da der Täter die kennzeichenverletzende Domain nur registrierte, jedoch keine Inhalte auf den Seiten hinterlegte und diese auch nicht direkt zum Verkauf anbot. Er handelte somit noch nicht im geschäftlichen Verkehr, setzte jedoch nach Auffassung des Gerichts unmittelbar zur Verwirklichung einer strafbaren Kennzeichenverletzung an.⁷⁰⁵

IV. Widerrechtlichkeit

1. Allgemeines

Handlungen im Sinne der einzelnen Tatbestände des § 143 sind nur im Falle ihrer Widerrechtlichkeit strafbar.⁷⁰⁶ Die Widerrechtlichkeit ist bei den Strafvorschriften des Markenrechts Tatbestandsmerkmal, denn die Benutzung entgegen den verschiedenen Alternativen der § 14 und 15 muss nach dem Wortlaut in § 143 „wi-

⁷⁰³ Schiwiek, Die Strafbarkeit der Markenpiraterie, Achter Teil, C. (S. 183).

⁷⁰⁴ Die statistischen Erhebungen zur Anwendung der Versuchsstrafbarkeit werden eingehend im 5. Kapitel dargestellt.

⁷⁰⁵ LG München II vom 14. September 1999, W 5 KLs 70 Js 12730/99, teilweise veröffentlicht im Internet unter www.jurpc.de, web. Dokument 228/2000, www.jurpc.de/rechtspr/20000228.htm (letzter Seitenbesuch am 15. September 2004).

⁷⁰⁶ Begründung zum neuen MarkenG, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, S. 119/120.

derrechtlich“ erfolgen.⁷⁰⁷ Die Widerrechtlichkeit ist vom Gericht von Amts wegen zu prüfen, ihr Vorliegen richtet sich nach den allgemeinen Normen sowie den Vorschriften des MarkenG.⁷⁰⁸ Insbesondere ist die Tat – bedingt durch den Verweis auf die zivilrechtlichen Vorschriften der §§ 14 und 15 – nur dann rechtswidrig, wenn die Benutzung der Kennzeichnung „ohne die Zustimmung“ des Inhabers der Marke bzw. „unbefugt“ erfolgt.⁷⁰⁹ Neben der bereits oben A. VI. aufgeführten Doppelfunktion dieser Merkmale auf Tatbestands- und Rechtswidrigkeitsebene ergeben sich in den strafrechtlichen verfolgten Fällen von Markenverletzungen bis auf die kontrovers beurteilte Folge einer nachträglichen Zustimmung des Zeicheninhabers aufgrund einer Einigung mit dem Verletzer keine Probleme.

Des Weiteren entfällt die Widerrechtlichkeit auch dann, wenn einem zivilrechtlichen Anspruch des Markeninhabers eine der in §§ 20 bis 25 festgeschriebenen Schranken entgegensteht.⁷¹⁰ Auch dies spricht für die Einordnung der Widerrechtlichkeit als Tatbestandsmerkmal.⁷¹¹ Damit soll ein Auseinanderfallen zwischen den strafrechtlichen und den zivilrechtlichen Sanktionen verhindert werden. Wengleich diese Schutzschränken in typischerweise strafverfolgten Fällen selten vorliegen werden, sollten sie nachfolgend kurz dargestellt werden (vgl. unten 2). Ansonsten bestehen keine besonderen marken- oder wettbewerbsrechtlichen, sondern nur die allgemeinen Rechtfertigungsgründe. Diese können dem Markenrecht im Einzelfall übergeordnet sein (vgl. dazu 3.).

2. *Schutzschränken des Markenrechts*

Die Schutzbereiche von Marken und geschäftlichen Bezeichnungen unterliegen Beschränkungen. Sofern eine der als Einrede ausgestalteten Schranken des §§ 20 bis 25 vorliegt, ist der Zeicheninhaber an der Durchsetzung seiner zivilrechtlichen Ansprüche gehindert, das Handeln des einer Zeichenverletzung Beschuldigten ist gerechtfertigt. Wie bereits erwähnt sind diese Einschränkungen des Markenrechts auch im Strafverfahren zu beachten, weil die Tatbestände der §§ 143 ff. die Widerrechtlichkeit der Tathandlungen voraussetzen.⁷¹²

Zu den gesetzlich geregelten Schranken zählt insbesondere der Einwand der gemeinschaftsweiten Erschöpfung, § 24. Sofern der Markeninhaber die mit dem Zeichen versehene Ware innerhalb der Europäischen Union bereits in den Ver-

⁷⁰⁷ Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 143 RN 25.

⁷⁰⁸ Ekey/Klippel, MarkenR, § 143 RN 8.

⁷⁰⁹ Begründung zum neuen MarkenG, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, S. 120.

⁷¹⁰ Begründung zum neuen MarkenG, aaO.

⁷¹¹ Schiwiek, Die Strafbarkeit der Markenpiraterie, Achter Teil A. III. (S. 177).

⁷¹² Achenbach/Wannenmacher, Wirtschaftsstrafrecht, Teil III, § 26 III., B. IV. (RN 44).

kehr gebracht hat, kann eine Verletzungshandlung durch Benutzung dieser Waren nicht erfolgen. Aber auch die weiteren Schutzschränken wie die Verjährung (§ 20), die Verwirkung (§ 21), die namensmäßige oder beschreibende Benutzung von jüngeren Zeichen (§ 23) sowie der Ausschluss von Ansprüchen bei mangelnder Benutzung (§ 25) können grundsätzlich zum Tragen kommen. Der Täter kann diese Einreden in einem Verfahren wegen vorsätzlicher Verletzung der Tatbestände der §§ 143, 143a und 144 vorbringen.

Neben den gesetzlichen Schutzschränken können auch vertragliche Schutzschränken aufgrund von Vereinbarungen zwischen den Parteien bestehen.⁷¹³

Auch in diesen Fällen verzichtet der Zeicheninhaber auf das Verbotungsrecht. Sollte dennoch eine Strafverfolgung stattfinden, können allenfalls Fragen der wirksamen Kündigung einer solchen Vereinbarung aus wichtigem Grund relevant werden, wodurch ein Handeln wieder rechtswidrig werden kann.

a) Verjährung

Die zivilrechtliche Einrede der Verjährung markenrechtlicher Ansprüche, § 20, wurde mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz⁷¹⁴ zum 1. Januar 2002 den ebenfalls neugefassten Verjährungsvorschriften der §§ 194 ff. BGB angepasst. Folglich gilt nunmehr die regelmäßige dreijährige Verjährungsfrist. Sie spielt jedoch für die Strafverfolgung keine Rolle⁷¹⁵, vielmehr gelten für die markenstrafrechtlichen Tatbestände gemäß Art. 1 Abs. 1 EGStGB die allgemeinen Vorschriften des StGB. Danach beträgt die Verfolgungsverjährung fünf Jahre, §§ 78 Abs. 3 Nr. 4, 78a StGB. Insofern ist der in der amtlichen Begründung⁷¹⁶ zu § 143 vorgenommene Bezug auf die Schutzschränken des § 20 bis 25 unrichtig bzw. zumindest missverständlich.⁷¹⁷ Vielmehr gilt, dass sich der Täter einer Kennzeichenverletzung nicht auf die Einrede der zivilrechtlichen Verjährung nach § 20 berufen kann.

b) Verwirkung

Als besondere Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben kann die Geltendmachung von Kennzeichenrechten eine unzulässige Rechtsausübung darstellen. Im Markenrecht ist dies unter dem Gesichtspunkt der Verwirkung nach § 21

⁷¹³ Fezer, MarkenR, Vorb. 20, RN 3.

⁷¹⁴ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, Art. 5 Nr. 22, BGBl I 2001, 3138 ff.

⁷¹⁵ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 143 RN 9; Althammer/Ströbele, MarkenG, 6. Auflage (!), MarkenG, § 20 RN 7.

⁷¹⁶ Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, 7. Abs. zu § 143 (S. 120); Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 143 RN 9.

⁷¹⁷ Vgl. zur Verfolgungsverjährung 4. Kapitel B. I. 5.

geregelt. Soweit die Benutzung einer jüngeren eingetragenen Marke für mehr als fünf Jahre in Kenntnis dieser Benutzung geduldet wird, können keine Rechte mehr aus der Marke hergeleitet werden, § 21 Abs. 1. Gleiches gilt gemäß § 21 Abs. 2 für Benutzungsmarken nach § 4 Nr. 2 oder Nr. 3, geschäftliche Bezeichnungen und sonstige Rechte nach § 13.

Eine Verwirkung kommt jedoch ausweislich des Wortlauts in § 21 Abs. 1 und 2 dann nicht in Betracht, wenn die Anmeldung der jüngeren Marke bösgläubig erfolgte oder der Inhaber des sonstigen Rechts im Zeitpunkt des Rechtserwerbs bösgläubig war. Die Bösgläubigkeit erfordert keine Kenntnis oder grobfahrlässige Unkenntnis des älteren Zeichens, vielmehr sollen nach der amtlichen Begründung die Auslegungsgrundsätze des § 50 Abs. 1 Nr. 4 gelten.⁷¹⁸

Insofern dürfte der Einrede der Verwirkung bei der Strafverfolgung von Markenverletzern keine Bedeutung zukommen. Denn zum einen steht den Tätern in aller Regel schon kein wie auch immer geartetes Kennzeichenrecht zu. Zum anderen dürfte regelmäßig ein bösgläubiger Rechtserwerb vorliegen. Insofern soll die Bösgläubigkeit gerade Fälle der Markenpiraterie, der Erschleichung und des Markenerwerbs in Behinderungsabsicht erfassen.⁷¹⁹

Einzig – jedoch ebenfalls eher theoretische – Ausnahme könnte die bedingt vorsätzliche Weiterbenutzung eines Zeichens und das „in Kauf nehmen“ der Verwechslungsgefahr nach einer Abmahnung sein. In diesen Fällen kann sich der Markenverletzer im Falle einer Strafverfolgung ggf. auf Verwirkung berufen.⁷²⁰

c) Ausschluss von Ansprüchen bei Bestandskraft jüngerer Marken

Mangels einer Eintragung des vom Verletzer benutzten Zeichens wird auch ein Ausschluss von Ansprüchen nach § 22 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 aufgrund der zum Zeitpunkt der Eintragung der Marke des Täters noch nicht vorliegenden Bekanntheit oder der Löschungsreife der verletzten älteren Marke kaum in Frage kommen. Lediglich im Fall der bereits mehrfach erwähnten Strafverfolgung eines „Konkurrenten“ nach Abmahnung könnte diese Schutzschranke Bedeutung erlangen. Besonderheiten für die strafrechtliche Prüfung bestehen dabei jedoch nicht.

⁷¹⁸ Begründung zum MarkenG, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, S. 73.

⁷¹⁹ Vgl. nur Althammer/Ströbele/Klaka, MarkenG, 8. Auflage § 21 RN 18; m.w. N. zur Rechtsprechung.

⁷²⁰ Insofern ist Bösgläubigkeit nicht als Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis vom älteren Recht zu verstehen, sondern es sollen Fallgestaltungen von rechtsmissbräuchlichen oder sittenwidrigen Anmeldungen erfasst werden, Art. 9 Abs. 1, 3 Abs. 2 d) MRRL, § 50 Abs. 1 Nr. 4 MarkenG.

d) Benutzung von Namen und beschreibenden Angaben

Weitere Schutzschranke gegenüber der Durchsetzung markenrechtlicher Ansprüche ist die Benutzung des jüngeren Zeichens als Name oder Firma, als beschreibende Angabe oder als Bestimmungsangabe im Ersatzteilgeschäft nach § 23 Nr. 1 bis 3. In diesen Fällen kann der Gebrauch eines ansonsten rechtsverletzenden Zeichens nicht untersagt werden. Diese Beschränkung der Verbotungsrechte gilt nicht nur für eingetragene oder Benutzungsmarken, sondern auch für geschäftliche Bezeichnungen und Werktitel. Für geographische Herkunftsangaben existiert die zusätzliche Schutzschranke des § 100 Abs. 1.

Ob die Berufung auf § 23 nur im Fall der nicht kennzeichenmäßigen Benutzung – so § 16 WZG – oder auch bei kennzeichenmäßigem Gebrauch möglich ist, ist dem Wortlaut des § 23, der nur neutral von einer „Benutzung im geschäftlichen Verkehr“ spricht, nicht entnehmbar und in Rechtsprechung und Literatur umstritten.⁷²¹ Aus der amtlichen Begründung geht hervor, dass eine Änderung des bisher geltenden Rechts gewollt ist und die Schutzschranke des § 23 auch bei markenmäßiger Benutzung eröffnet ist.⁷²² Diese vom Gesetzgeber gewollte Anwendung des § 23 auch bei markenmäßiger Benutzung bereitet im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht keine Probleme, zumal sie eine Einschränkung der Strafbarkeit mit sich bringt. Ohnehin kommt eine Strafbarkeit wegen Kennzeichenverletzung stets nur bei kennzeichenmäßiger Verwendung des verletzenden Zeichens in Betracht, so dass ansonsten § 23 überhaupt nicht angewendet werden könnte. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass die Art der Benutzung des Zeichens nur eines von mehreren Elementen bei der Prüfung der in § 23 Nr. 1 bis 3 festgeschriebenen Ausnahmetatbeständen ist. Insofern muss die Prüfung der zulässigen Benutzung auch im Strafrecht stets im Hinblick auf den jeweiligen Einzelfall erfolgen.⁷²³

Wichtigste Einschränkung des zulässigen Drittgebrauchs älterer Kennzeichen ist, dass die Benutzung als Name oder Anschrift (§ 23 Nr. 1), als beschreibende Angabe (Nr. 2) oder als Hinweis auf die Bestimmung der Ware (Nr. 3, sog. Ersatzteilgeschäft) ausweislich des Wortlauts stets im Einklang mit den guten Sitten geschehen muss. Das Gericht hat eine Interessenabwägung vorzunehmen, die unter Beachtung der Ausschließlichkeitsrechte des Markeninhabers und der Interessen der Wettbewerber an einer ungestörten Benutzung persönlicher und sachlicher beschreibenden Angaben oder Bestimmungshinweisen erfolgen muss. Der BGH stellt auf der Schutzschrankenseite vor allem darauf ab, ob die benutzte Bezeichnung der Beschreibung dient oder der kennzeichenmäßige Gebrauch, bspw. durch

⁷²¹ Nachweise zum Streitstand bei Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 23 RN 26 f.

⁷²² Begründung zum neuen MarkenG, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, S. 74.

⁷²³ Ingerl, Die Öffnung des Markenregisters für nur mittelbar beschreibende Angaben und Werbeappelle, WRP 1998, 473 (476).

Fettdruck oder Unterstreichung im Vordergrund steht.⁷²⁴ Letzteres soll auf eine missbräuchliche Verwendung hindeuten. Der Begriff ist orientiert am Wortlaut der MRRL, soll nämlich die „anständigen und üblichen Gepflogenheiten im Handel“ berücksichtigen.⁷²⁵

Ingerl/Rohnke erachten diese Sittenwidrigkeitsprüfung als problematisch im Hinblick auf die notwendige Bestimmtheit einer Strafvorschrift.⁷²⁶ Jedoch ist zu beachten, dass die Prüfung des Sittenverstoßes eine „Schranken-Schranke“ darstellt, die nämlich den zulässigen Drittgebrauch eines Zeichens wieder begrenzt. Folge der Nichtigkeit dieses Merkmals wäre, dass keine Begrenzung der zulässigen Drittbenutzung nach § 23 möglich wäre. Auch ist wie dargestellt die Einbeziehung einer an wettbewerbsrechtlichen Kriterien orientierten Gesamtabwägung nicht grundsätzlich unzulässig. Schließlich wird auch im StGB stellenweise eine vergleichbare Prüfung auf der Ebene der Rechtswidrigkeit vorgenommen, etwas bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit einer Körperverletzung trotz erteilter Einwilligung, § 228 StGB. Auch in diesen Fällen kommt es auf die Beweggründe und Ziele der Beteiligten sowie die Mittel und Art der Verletzung an.⁷²⁷ Zwar wird die Sittenwidrigkeitsprüfung dort ebenfalls kritisiert, überwiegend wird jedoch ihre Verfassungsmäßigkeit angenommen. Der BGH merkt dazu lediglich an, dass die Vorschrift zugunsten des Angeklagten eng auszulegen ist und die Tat nach allgemein gültigen moralischen Maßstäben, die vernünftigerweise nicht in Frage gestellt werden, mit dem eindeutigen Makel der Sittenwidrigkeit behaftet ist.⁷²⁸ Nichts anderes kann im Markenrecht gelten, ein Sittenverstoß kann also nicht lapidar bejaht werden.

Ungeachtet dessen wird man annehmen müssen, dass in den meisten Fällen die Sittenwidrigkeitsprüfung eindeutig gegen den Täter einer Markenverletzung ausfallen wird. Ausgehend von der im Strafrecht stets zu fordernden markenmäßigen Benutzung des vom Täter benutzten Zeichens wird er seine eigenen Waren unter dem fremden Zeichen anbieten und das Zeichen gerade nicht als Hinweis oder zur Beschreibung benutzen.⁷²⁹ Der Ausnahmefall des § 23 zur Sicherung der freien Verwendbarkeit beschreibender Angaben wird somit im Strafverfahren nicht oder nur in den seltensten Fällen eintreten. Lediglich in Zweifelsfällen, in denen eine sittenwidrige Handlungsweise dem Täter nicht nachweisbar ist, könnte in

⁷²⁴ BGH vom 27. September 1995, GRUR 1996, 68 (70) – Cotton Line.

⁷²⁵ BGH vom 14. Januar 1999, GRUR 1999, 992 (994) – BIG PACK.

⁷²⁶ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 143 RN 10 a.E.

⁷²⁷ Tröndle/Fischer, StGB, § 228, RN 15.

⁷²⁸ BGH vom 11. Dezember 2003, www.lexetius.com/2003.3294, RN 19 (letzter Seitenbesuch am 15. September 2004).

⁷²⁹ Schiwiek, Die Strafbarkeit der Markenpiraterie, Achter Teil, A. 5. (S. 176);

dubio pro reo vom Vorliegen einer zulässigen Drittbenutzung nach § 23 Nr. 1 bis 3 auszugehen sein.

e) Erschöpfung

Wie bereits angerissen hat der Zeicheninhaber, der die Waren innerhalb der Europäischen Union in Verkehr gebracht hat, nicht das Recht, die Benutzung seines Zeichens für diese Waren zu verbieten, § 24 Abs. 1. Ein Ausnutzen eines Preisgefälles in den verschiedenen Staaten durch Weiterverkauf der Waren an einem anderen Ort ist daher möglich. Allerdings darf dies nur innerhalb der EU geschehen, die Einfuhr von Markenware aus Drittstaaten – die oft bei ebay angeboten wird – begründet eine Markenverletzung. Ebenso führt auch eine Veränderung oder Verschlechterung der Ware zum Erschöpfungsausschluss, § 24 Abs. 2. Folglich kann bspw. das Umfärben von Jeans, die Veränderung der Zifferblätter von Uhren oder der Einsatz von gekennzeichneten Originalverpackungen beim Nachfüllen von Behältern bei Vorsatznachweis als strafbare Markenverletzung verfolgt werden. Beim Umverpacken der gekennzeichneten Originalware soll es dagegen darauf ankommen, ob der Originalzustand der in der Verpackung enthaltenen Ware erhalten bleibt, oder bspw. ein neuer Beipack- oder Informationszettel bestimmte wichtige Angaben nicht oder in unzutreffender Weise enthält.⁷³⁰ Bestimmtheitsprobleme stellen sich an dieser Stelle nicht, die Definition des Begriffs der Erschöpfung im Gesetzeswortlaut ist konkret genug und erlaubt eine eindeutige Bestimmung des Anwendungsbereichs.

f) Verfall

Nach Ablauf der fünfjährigen Schonfrist muss die verletzte Kennzeichnung im geschäftlichen Verkehr benutzt worden sein. Sofern dies nicht der Fall ist, sind Ansprüche nach §§ 14, 18 und 19 ausgeschlossen, § 25 Abs. 1. Diese Begebenheit kann vom Markenverletzer im Verletzungsprozess als Einrede der Nichtbenutzung nach § 25 Abs. 2 geltend gemacht werden. Der zivilrechtliche Kläger muss dann die ernsthafte Benutzung der Marke für die einzelnen beanspruchten Waren oder Dienstleistungen innerhalb der letzten fünf Jahre vor Klageerhebung nachweisen.

Im Strafprozess muss über die erfolgte Benutzung der älteren Kennzeichnung ggf. vom Gericht Beweis erhoben werden. Bei bekannten Marken wird dies jedoch aufgrund Offenkundigkeit, § 244 Abs. 3 S. 2 StPO, oder Gerichtsbekanntheit, § 244 Abs. 4 S.1 StPO, häufig nicht erforderlich sein.

⁷³⁰ Relevant ist die Neu- bzw. Umverpackung vor allem bei Arzneimitteln, vgl. EuGH vom 20. März 1997, C-352/95, GRUR Int. 97, 627- Phyteron/Bourdon.

3. Sonstige Rechtfertigungsgründe

Weitere Rechtfertigungsgründe werden im Markenstrafrecht – anders als im Urheberrecht – eher selten vorkommen. Zu denken ist allenfalls an die Meinungs- und Pressefreiheit, Art. 5 Abs. 1 GG⁷³¹ oder an die Kunstfreiheit im Falle eines vom Tatverdächtigen geschaffenen Kunstwerks nach Art. 5 Abs. 3 GG. Des Weiteren kommen grundsätzlich auch die Wahrnehmung berechtigter Interessen⁷³² oder medienpolitische Erwägungen bei bekannten geschäftlichen Bezeichnungen⁷³³ in Betracht. Da diese Rechtfertigungen jedoch keine speziell markenrechtlichen Erwägungen beinhalten, wird auf eine nähere Darstellung verzichtet.

V. Verschulden

Neben der rechtswidrigen Handlungsweise ist die Schuld des Täters Bedingung der Strafbarkeit. Die Tat muss dem Täter persönlich vorwerfbar sein, d.h. es muss gefragt werden, ob er sich hätte anders verhalten können.⁷³⁴

Der Täter einer Kennzeichenverletzung muss daher im Zeitpunkt der Tat zunächst schuldfähig sein, §§ 19, 20 StGB. Dies wird bei einer vorbereitungsbedürftigen und in der Regel geplanten Markenverletzung regelmäßig vorliegen. Weitere Voraussetzung ist das Fehlen von Entschuldigungsgründen. Solche anerkannten Gründe wie der entschuldigende Notstand nach § 25 StGB oder der Notwehrexzess nach § 33 StGB werden aber im Bereich von Kennzeichenverletzungen mangels einer Notstandslage kaum jemals in Frage kommen. Auch in der markenrechtlichen Literatur findet sich – soweit ersichtlich – keine Erörterung von Problemen im Bereich der Schuldfeststellung. Vielmehr gelten die allgemeinen Grundsätze.

VI. Irrtümer

Aufgrund der Anknüpfung der Strafvorschriften des Markenrechts an die zivilrechtlichen Unterlassungstatbestände und der sich daraus ergebenden Unschärfen der Strafbarkeit können Irrtümer eine besondere Rolle bei der Strafverfolgung spielen. Bislang war die Irrtumslehre in Kennzeichenstrafsachen noch weitgehend unerforscht.⁷³⁵ Anders als zum Urheberstrafrecht finden sich erst in jüngster

⁷³¹ OLG Köln, NJWE-WettbR 2000, 242 – Kampagne gegen die Jagd. Weitere Nachweise zu Rechtfertigungsgründen in Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 Rn 844.

⁷³² BGH vom 17. April 1984, GRUR 1984, 684 – Mordoro.

⁷³³ BGH vom 19. November 1992, GRUR 1993, 692 – Guldenburg; dazu Rössler, Die Ausnutzung der Wertschätzung bekannter Marken im neuen Markenrecht, GRUR 1994, 559 (567).

⁷³⁴ Wessels/Beulke, Strafrecht AT, § 10 I 2.

⁷³⁵ Busse/Stark, WZG, § 24 RN 55.

Zeit ausführlichere Erörterungen zu den verschiedenen fehlerhaften Überzeugungen des Zeichenverletzers.⁷³⁶ Insofern sollen an dieser Stelle kurz die wichtigsten Irrtumsfälle im Falle von Kennzeichenverletzungen dargestellt werden.

Wie auch im sonstigen Strafrecht stellt sich im Bereich der Kennzeichenverletzungen meist die Frage, ob sich eine Fehlverstellung des Täters zu seinen Gunsten auswirken kann oder aufgrund der Vermeidbarkeit unbeachtlich ist. Diese Unterscheidung zwischen dem Fall, dass der Täter den Sachverhalt falsch erfasst, er also „irrig Tatumstände annimmt“ (sog. Tatbestandsirrtum nach § 16 StGB) und dem Fall, dass zwar der Sachverhalt richtig erfasst wird, jedoch eine falsche rechtliche Bewertung vorgenommen wird (sog. Verbotsirrtum nach § 17 StGB), ist auch im Bereich des Markenstrafrechts wesentlich. Ein Irrtum ist nur beachtlich, wenn er sich auf die Tatumstände bezieht. Ein Irrtum über das Verbotensein der Tat schließt die Schuld nur aus, wenn dieser Irrtum trotz gehöriger Anspannung des Wissens nicht zu vermeiden war.⁷³⁷

Konkret ist der Täter einer Kennzeichenverletzung straflos, sofern er über Tatumstände, mithin über den zugrunde liegenden Sachverhalt irrt. Dies führt nach § 16 Abs. 1 StGB zum Vorsatzausschluss. Ein solcher Tatbestandsirrtum liegt bspw. vor, wenn der Verletzer das verletzte Kennzeichen nicht kennt, irrig von einer Gestattung der Zeichenbenutzung ausgeht oder tatsächliche Voraussetzungen der Verwechslungsgefahr nicht kennt.⁷³⁸ Gleiches gilt, wenn der Täter nicht weiß, das das verletzte Zeichen eingetragen ist, er eine fehlende Berechtigung zur Benutzung annimmt oder irrig an ein eigenes prioritätsälteres Recht glaubt. Schließlich entfiel der Vorsatz nach Auffassung des Reichsgerichts auch dann, wenn der Verletzer der Ansicht war, die von ihm verwendete Kennzeichnung stelle einen allgemein üblichen, frei verwendbaren Ausdruck dar.⁷³⁹ Letzteres dürfte aber in der heutigen Zeit mit ihrem bekanntermaßen weiten Verständnis von schutzfähigen Zeichen nur selten der Fall sein. Zudem ist zu berücksichtigen, dass im Markenstrafrecht eine kennzeichenmäßige Verwendung des verletzenden Zeichens sowie ein Handeln im geschäftlichen Verkehr vorliegen müssen. Oftmals wird daher zumindest bedingter Vorsatz vorliegen, denn der Täter wird aufgrund der Tatum-

⁷³⁶ Hildebrandt, Die Strafvorschriften des Urheberrechts, 6. Kapitel D. (S. 247 – 286); V. Gravenreuth, Das Plagiat, B. 4. (S. 72 – 77); Speziell zur Markenpiraterie nun auch Schiwiek, Die Strafbarkeit der Markenpiraterie, Achter Teil, F. (S. 186 bis 194).

⁷³⁷ BGH vom 18. März 1952, BGHSt 2, 194 ff.

⁷³⁸ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 143 RN 6; Harte-Bavendamm-Holler, Handbuch der Markenpiraterie, 3. Kapitel, § 5 Abschnitt 4 B. III. (S. 138) geht m. E. richtig davon aus, dass eine plausible Darstellung solcher Umstände schwer vorstellbar ist.

⁷³⁹ RG vom 5. Oktober 1906, Bl. f. PMZ 1907, 17; zur teilweise streitigen Einordnung als Tatsachen- oder Rechtsirrtum vgl. Schiwiek, Die Strafbarkeit der Markenpiraterie, Achter Teil, F. II. (S. 188).

stände wissen, dass das Zeichen von einem Dritten zur Kennzeichnung von Waren oder Dienstleistungen benutzt wird.

Dagegen schließt die falsche rechtliche Beurteilung der Verwechslungsgefahr den Vorsatz nicht aus. Diesbezüglich kann der Täter zum einen über die Reichweite des Verwechslungsschutzes irren und z.B. annehmen, dass geringfügige Abweichungen die Verwechslung ausschließen oder dass zwischen einer Wort- und einer Bildmarke keine Verwechslungsgefahr besteht.⁷⁴⁰ Diese Irrtümer sind regelmäßig vermeidbar und nicht geeignet, eine Bestrafung auszuschließen. Dabei sind an den die Unvermeidbarkeit zu stellenden Maßstab strenge Anforderungen zu stellen. Regelmäßig wird man vom im geschäftlichen Verkehr handelnden Verletzer die Konsultation eines erfahrenen Rechts- oder Patentanwalts verlangen können.⁷⁴¹

Zum anderen kann der Täter annehmen, dass nur die identische Nachahmung eines Zeichens sanktioniert werden kann. In diesen Fällen gilt nach den allgemeinen Regeln, dass im Falle der Tatumstandskennntnis nur über die rechtliche Reichweite des Markenschutzes geirrt wird, was ebenfalls als regelmäßig unbeachtlicher Verbotsirrtum nach § 17 StGB zu qualifizieren ist. Auch Fehlvorstellungen über die Reichweite des Benutzungsbegriffs, die Strafbarkeit bei mittelbarer Verwechslungsgefahr oder Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne, die Unlauterkeit nach §§ 14 Abs. 2 Nr. 2 Nr. 3, 15 Abs. 2, 23, oder schließlich die Erschöpfung oder die rechtserhaltende Benutzung nach den §§ 24, 25 stellen einen Rechtsirrtum dar.⁷⁴²

Schließlich kann im Falle des § 143 Abs. 1 Nr. 2 ein Irrtum des Täters über das Vorliegen einer bekannten Marke eintreten, nämlich die maßgebliche Verkehrsauffassung über die Bekanntheit von dem Wissen des Täters abweichen. Solche Fälle, in denen der Täter nicht voraussehen kann, ob die Benutzung der Marke außerhalb des Bereichs der Warenähnlichkeit strafbar ist oder nicht, schließen zunächst die Bejahung des Tatbestandsmerkmals der Bekanntheit im objektiven Tatbestand nicht aus. Vielmehr stellt die „Bekanntheit“ einen Rechtsbegriff dar, dessen Grundlagen durch das Gericht, wenn auch möglicherweise durch ein Umfragegutachten ermittelt werden können. Folglich gilt bei Fehlvorstellungen die allgemeine Irrtumslehre. Danach entfällt bei fälschlicher Annahme einer nicht bestehenden, tatsächlich aber vorliegenden Bekanntheit einer Marke, geschäftlichen Bezeichnung oder geographischen Herkunftsangaben der Vorsatz nach § 16 Abs. 1 StGB. Sofern umgekehrt der Täter den Ruf einer bekannten

⁷⁴⁰ RG vom 4. Mai 1897, RGSt 30, 95; Fezer, MarkenR, § 143 RN 23.

⁷⁴¹ Tröndle/Fischer, StGB, § 17 RN 9; Harte-Bavendamm-Holler, Handbuch der Markenpiraterie, 3. Kapitel, § 5 Abschnitt 4 B. III. (S.139)

⁷⁴² Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 143 RN 6.

Marke ausbeuten will, das erforderliche Quorum an Bekanntheit aber nicht vorliegt, liegt indes schon der objektive Tatbestand nicht vor.

VII. Täterschaft und Teilnahme

Bestraft werden wegen einer Kennzeichenverletzung kann jeder Verletzer, d.h. jeder Täter, Mittäter, Anstifter oder Gehilfe gemäß den allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen. Nachfolgend sollen kurz die für das Markenrecht wesentlichen Gesichtspunkte von Täterschaft und Teilnahme aufgezeigt werden.

1. Täterschaft

Täter einer Markenverletzung ist zunächst, wer die Verletzungshandlung selbst vornimmt und in eigener Person sämtliche Merkmale des objektiven und subjektiven Tatbestands des § 143 MarkenG erfüllt, § 25 Abs. 1 StGB.⁷⁴³ Da § 143 MarkenG eine Vielzahl von Benutzungshandlungen als Markenverletzung sanktioniert und bspw. sowohl das Versehen der Ware mit einer fremden Marke als auch die Einfuhr der fälschlich gekennzeichneten Waren, der Besitz zu gewerblichen Zwecken, das in den Verkehr bringen etc. jeweils selbstständige Verletzungshandlungen darstellen, verwirklicht jedes einzelne dolos handelnde Glied innerhalb der Absatzkette sämtliche Tatbestandsmerkmale einer Markenverletzung selbst. Den Nachweis eines Zusammenwirkens mit einem Vortäter oder zumindest der Förderung einer durch einen Dritten begangenen Verletzungshandlung bedarf es nicht.⁷⁴⁴ Dies ist eine unmittelbare Folge der weiten Fassung des Tatbestands, die eine Zurechnung der verschiedenen Tatbeiträge entbehrlich macht.

Diese mögliche Täterstrafbarkeit fast aller bei einer Markenverletzung beteiligten Personen trägt der Tatsache Rechnung, dass Verletzungshandlungen heutzutage oftmals nicht mehr nur von Einzeltätern in einer Hinterhofwerkstatt begangen werden. Meist schließen sich mehrere Personen, teilweise ganze kriminelle Organisationen zusammen, um durch arbeitsteilige Kennzeichenverletzungen Profit zu machen. Sofern sie gemeinschaftlich und mit einem gemeinsamen Tatentschluss als gleichberechtigte Partner zusammenwirken, können sie überdies als Mittäter bestraft werden, § 25 Abs. 2 StGB.⁷⁴⁵ Mittäter können aber auch am Unternehmen nicht beteiligte Dritte sein, die einen nicht nur untergeordneten Tatbeitrag mit Täterwillen leisten.

⁷⁴³ BGH vom 22. Juli 1992, BGHSt 38, 315.

⁷⁴⁴ Wölfel, Rechtsfolgen von Markenverletzungen, 3. Kapitel, A. I. 1. b) (S. 130).

⁷⁴⁵ RG v. 13. April 1923, MuW XXIII, 244; vom 9. März 1915, Markenschutz und Wettbewerb (MuW) XV, 127, zitiert nach Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 30. Kapitel, RN 5.

Auch bei einer nur versuchten Kennzeichenverletzung ist Mittäterschaft möglich. Das erforderliche unmittelbare Ansetzen zur Tatbestandsbegehung wird dann vorliegen, wenn einer der Mittäter zur Kennzeichenverletzung angesetzt hat, er also bspw. Kennzeichnungsmittel herzustellen beginnt.⁷⁴⁶

Des Weiteren kann auch Täter sein, wer die Straftat „durch einen anderen“ begeht, § 25 Abs. 1, 2. Alt. StGB. Diese mittelbare Täterschaft kommt im Markenrecht in Betracht, wenn der Unternehmens- oder Geschäftsinhaber die Tat von einem Angestellten oder Beauftragten begehen lässt. Sofern sich der Unternehmer als Hintermann in Kenntnis aller maßgeblichen Umstände zur Begehung der Markenverletzung eines sog. „menschlichen Werkzeugs“⁷⁴⁷ bedient, welches seinerseits ohne Vorsatz handelt, weil es um die Markenverletzung nicht weiß, wird er als mittelbarer Täter bestraft.⁷⁴⁸ Dies wird häufig der Fall sein bei Umgehung einer Lizenz zur Herstellung von Markenprodukten, die den Mitarbeitern nicht als Markenverletzung auffallen werden. Gleiches gilt für Frachtführer, welche die Ware aus dem Ausland einführen oder Verkaufsmitarbeiter, die nicht wissen, dass sie markenverletzende Ware anbieten. Die Tatherrschaft des auftraggebenden Unternehmers ergibt sich einerseits aus seinem überlegenen Wissen um die Markenverletzung und andererseits aufgrund seiner Weisungsbefugnis.⁷⁴⁹

Sofern der Auftraggeber eine juristische Person ist, die selbst nicht schuldhaft handeln kann, haften strafrechtlich die Organe bzw. die gesetzlichen Vertreter, sofern sie die Tat vorsätzlich begangen haben.⁷⁵⁰ Mehrere Inhaber oder Geschäftsführer sind Mittäter, wenn bei jedem der Vorsatz vorliegt. Gleiches gilt auch für selbständige Angestellte, wie z.B. ein Betriebsleiter. In diesen Fällen braucht auch nur einer der Täter positiv zu handeln, die einverständliche Kenntnis des anderen, der die Tat verhindern konnte und doch nicht verhinderte, genügt.⁷⁵¹

2. Teilnahme

Sobald die Angestellten, Beauftragten oder Dritten die Tat eines anderen nur fördern, also kein gleichberechtigtes Handeln vorliegt, können sie nicht als Täter, sondern nur als Gehilfen bestraft werden. Der BGH prüft die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme in zwei Stufen. Zunächst muss festgestellt werden, ob der Beteiligte den Tatbestand eigenhändig verwirklicht hat. Falls dies der

⁷⁴⁶ So die sog. „Gesamtlösung“ der ganz h.M., Jeschek, Strafrecht AT, § 63 IV. 1.

⁷⁴⁷ Wessels/Beulke, Strafrecht AT, § 13 III 3.

⁷⁴⁸ Zur Abgrenzung, Tröndle/Fischer, StGB, Vor § 25 RN 2.

⁷⁴⁹ Schwiek, Die Strafbarkeit der Markenpiraterie, 8. Teil, B. I. (S. 179)

⁷⁵⁰ Fezer, Markenrecht, § 143 RN 24, früher: Baumbach/Hefermehl, WZG, § 24 RN 62.

⁷⁵¹ RG vom 3. Oktober 1918, RGSt 53, 138; vom 13. April 1923, RGSt 57, 283.

Fall ist, ist er stets Täter.⁷⁵² Zu berücksichtigen ist dabei die erwähnte markenrechtliche Besonderheit, dass aufgrund der weiten Fassung des § 143 schon bei normalerweise typischen Beihilfehandlungen wie dem Anbringen des markenverletzenden Zeichens auf Kennzeichnungsmitteln oder der Ein- und Ausfuhr von Waren bereits eine täterschaftliche Markenverletzung vorliegt. Zur Prüfung der zweiten Stufe, in der weitere Kriterien wie das eigene Interesse am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung, die Tatherrschaft oder den Willen zur Tatbestandsverwirklichung wertend betrachtet werden⁷⁵³, kommt es daher häufig nicht mehr. Aus diesem Grund ist zwar *Wölfel*⁷⁵⁴ grundsätzlich immer noch Recht zu geben, dass Angestellte und Beauftragte zwar in der Regel als Gehilfen nach § 27 Abs. 1 StGB zu beurteilen sind, da deren Tatbeitrag in der Förderung fremder Markenverletzungen besteht. Sofern sie vorsätzlich handeln, begehen sie aber unter Geltung des neuen Markengesetzes häufig schon eine eigene Markenverletzung, hinter der die Teilnahme an der Tat des anderen nach den allgemeinen Konkurrenzregeln zurücktritt. Nur soweit sie ohne Kenntnis des Verletzungstatbestandes auf Weisung des Geschäftsherrn handeln, sind sie nicht strafbar.⁷⁵⁵ Dann kommt nur die oben erwähnte mittelbare Täterschaft des Tatherrn in Betracht.⁷⁵⁶

Im Ergebnis ist die Bedeutung der Teilnahme im Markenstrafrecht gering. Als Beihilfehandlungen kommen eigentlich nur Unterstützungshandlungen wie die Zulieferung der nicht gekennzeichneten „Rohware“, der inländische Transport der Ware oder Hilfeleistungen bei der Herstellung der zur Kennzeichenverletzung notwendigen „Produktions- oder Verkaufsumgebung“ in Betracht. Gleiches gilt für die Anstiftung. Als Anstifter einer Markenverletzung kann zu bestrafen sein, wer vorsätzlich einen anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Kennzeichenverletzung bestimmt hat, § 26 StGB. Da die Beauftragung Dritter regelmäßig zu dem Zweck erfolgt, eine eigene Kennzeichenverletzung zu ermöglichen, tritt sie auch hier hinter die später begangene täterschaftliche Begehung zurück.⁷⁵⁷

Sofern beim Haupttäter der Qualifikationstatbestand des § 143 Abs. 2 vorliegt, können Anstifter und Teilnehmer ebenfalls nach der Qualifikation bestraft werden, wenn sie selbst gewerbsmäßig gehandelt haben. Der Gesetzgeber hat dieses

⁷⁵² BGH vom 22. Juli 1992, BGHSt 38, 315 (316).

⁷⁵³ BGH vom 15. Januar 1991, BGHSt 37, 289 (291); anschaulich die dogmatischen Grundlagen zusammenfassend auch Hildebrandt, Die Strafvorschriften des Urheberrechts, 6. Kapitel, F. I. (S. 292)

⁷⁵⁴ Wölfel, Rechtsfolgen von Markenverletzungen, 3. Kapitel, A. I. 1. b (S. 130)

⁷⁵⁵ So auch schon 1926: Pinzger/Heinemann, Warenzeichengesetz, § 14 RN 27

⁷⁵⁶ Beispiele zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme im Kennzeichenstrafrecht finden sich bei Schiwiek, Die Strafbarkeit der Markenpiraterie, 8. Kapitel, B. II. (S. 181).

⁷⁵⁷ Schiwiek, Die Strafbarkeit der Markenpiraterie, 8. Kapitel, B. II. (S. 182)

Merkmal als strafscharfendes persönliches Merkmal iSv. § 28 Abs. 2 StGB ausgestaltet.⁷⁵⁸

Aufgrund der oftmals im internationalen Kontext begangenen Taten bleibt noch anzumerken, dass die Tat nach dem Territorialitätsprinzip nach deutschem Recht bestraft werden kann, sofern sie auch nur teilweise im Inland begangen ist, § 3 StGB. Im Ausland begangene Beihilfe wird in Deutschland bestraft, wenn die Tat selbst hier begangen ist.⁷⁵⁹ Denn nach § 9 Abs. 2 StGB ist Tatort des Teilnehmers sowohl der Tatort der Haupttat, als auch der Ort der Teilnahmehandlung.

3. *Notwendige Teilnahme des Erwerbers*

Der Vollständigkeit halber zu erwähnen ist schließlich noch, dass der – im geschäftlichen Verkehr handelnde – Erwerber eines kennzeichenverletzenden Produkts als notwendiger Teilnehmer nicht strafbar ist, sofern seine Beteiligungshandlung nicht über den Erwerb hinausgeht. Allerdings kann hier wiederum eine eigene Markenverletzung vorliegen, soweit nämlich nach der Besitzverschaffung ein Besitz zum Zwecke des weiteren Inverkehrbringens nach § 14 Abs. 3 Nr. 2 vorliegt. Diese kommt aber nur bei gewerblichen Wiederverkäufern in Frage und nicht bei privaten Endkunden. Letztere bleiben regelmäßig straffrei. Dies gilt auch für Personen, die „Markenverletzungen“ begehen, in dem sie bspw. gefälschte Ware anziehen oder benutzen. Sie können selbst bei vorsätzlichem Handeln keine Täter sein. Es fehlt an einem Handeln „im geschäftlichen Verkehr“, weshalb schon der objektive Tatbestand nicht erfüllt werden kann.⁷⁶⁰ Nur wenn eine kennzeichenverletzende Ware explizit vom Käufer bestellt wird, kann sein Verhalten über eine straflose Teilnahme hinausgehen. Sofern der Täter zur Tat noch nicht bereit war, kann darin eine strafbare Anstiftung gesehen werden.⁷⁶¹ Sogar eine Mittäterschaft kommt möglicherweise in Frage, wenn dem Täter Rohmaterial wie T-Shirts, Designskizzen von Kennzeichen etc. übergeben werden, damit dieser daraus markenverletzende Waren herstellt. Abzustellen ist letztlich darauf, ob der Käufer über die reine Erwerbshandlung hinaus die unrechtmäßige Markenverletzung des Veräußerers gefördert oder sogar verursacht hat.⁷⁶²

⁷⁵⁸ Tröndle/Fischer, StGB, § 28 RN 6.

⁷⁵⁹ RG vom 14. Juni 1894, RGSt 25, 424 (426); Fezer, MarkenR, § 143 RN 24.

⁷⁶⁰ Zum Konsumenten als Mittäter vgl. Schmidl, Produktpiraterie, S. 44.

⁷⁶¹ Ganter, Strafrechtliche Probleme im Urheberrecht, NJW 1986, 1480 (1481).

⁷⁶² KG vom 1. Dezember 1982, NStZ 1983, 561 (562) – zu §§ 106, 109 UrhG, 259 StGB.

4. Strafbarkeit juristischer Personen

a) Allgemeines

Im Kennzeichenstrafrecht werden die Taten oftmals aus Unternehmen heraus begangen. Diese stellen dann die zur Herstellung oder dem Import von fälschlich gekennzeichneten Waren die erforderliche Infrastruktur zur Verfügung. In diesem Fall können die Rechtsfolgen zunächst den eigentlichen Täter treffen, nämlich die unmittelbar handelnde Person nach den dargestellten Grundsätzen von Täterschaft und Teilnahme. Darüber hinaus ist es aber auch möglich, die Verantwortlichen im Unternehmen – bspw. als mittelbare Täter – in Anspruch zu nehmen sowie teilweise auch das Unternehmen selbst mit Sanktionen zu belegen.⁷⁶³

Konkret können grundsätzlich neben dem Täter einer Kennzeichenverletzung auch leitende Personen, die ansonsten nicht in die Tat als Täter oder Teilnehmer einbezogen sind, bei Bestehen einer sich aus der Geschäftsführereigenschaft ergebenden Garantenpflicht bestraft werden.⁷⁶⁴ Eine selbstständige Ahndung von Aufsichtspflichtverletzungen sieht § 130 OWiG vor. Danach kann der Inhaber eines Betriebes bzw. deren Vertreter oder Beauftragte, §§ 14 StGB, 9 OWiG, bestraft werden, sofern sie Aufsichtsmaßnahmen unterlassen haben, die zur Verhinderung oder wesentlichen Erschwerung solcher Zuwiderhandlungen erforderlich sind, die in einer mit Strafe oder Geldbuße bedrohten Verletzung von Pflichten bestehen, welche den Inhaber usw. selbst treffen. Als objektive Bedingung der Strafbarkeit tritt hinzu, dass eine solche Zuwiderhandlung von einem Betriebsangehörigen begangen wurde. Bezogen auf das Markenstrafrecht bedeutet dies, dass der Inhaber eines Markenwaren produzierenden Betriebs sicherzustellen hat, dass seine Mitarbeiter die Maschinen nicht zur Herstellung gefälschter Waren benutzen. Rechtsfolge des § 130 OWiG ist eine Geldbuße von bis zu EUR 500.000 im Falle der Verletzung der §§ 143, 143a und 144. Im Falle der Bußgeldvorschrift des § 145 kommt eine Geldbuße bis zur dort angedrohten Höhe in Betracht, § 130 Abs. 3 S. 2 OWiG. Bei der in der Regel vorliegenden fahrlässigen Begehung halbiert sich allerdings jeweils die Strafe, § 17 Abs. 2 OWiG. Zu beachten ist, dass die Vorschrift einen Auffangtatbestand darstellt, der nur zur Anwendung kommt, wenn der Leitungsperson keine Täterschaft oder Beteiligung an der Tat des Mitarbeiters nachgewiesen werden kann.⁷⁶⁵

Daneben kann das Unternehmen als juristische Person selbst mit einer Verbands-geldbuße nach § 30 OWiG belegt werden, sofern ein Organ oder Vertreter in lei-

⁷⁶³ Achenbach/Wannenmacher-Hellmann, Wirtschaftsstrafrecht, Teil 1 § 2 RN 149.

⁷⁶⁴ Str. für eine Garantenpflicht: Sch/Sch-Stree, StGB, § 13 RN 52, dagegen SKStGB-Rudolphi, § 13 RN 35a, m.w.N.

⁷⁶⁵ Göhler, OWiG, § 130 RN 25.

tender Stellung eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen hat, durch die er Pflichten des Vertretenen verletzt hat oder durch die der Vertretene bereichert wurde. Sofern die Kennzeichenverletzung also zu einem Gewinn für das Unternehmen geführt hat, kann diesem zusätzlich zu einer Bestrafung des Täters eine Geldbuße auferlegt werden. Des Weiteren verfällt der aus der Tat dem Unternehmen zugeflossene Gewinn, §§ 73 Abs. 3, 73a StGB, 29a Abs. 2 OWiG. Tatprodukte oder Tatmittel können eingezogen werden, §§ 75 StGB, 29 OWiG.

Im Ergebnis bestehen also auch trotz des im deutschen Strafrecht nach wie vor verankerten Grundsatzes der alleinigen Inanspruchnahme von natürlichen Personen einige Möglichkeiten, in einem Betrieb begangene Straftaten zu sanktionieren.

b) Strafbarkeit des faktischen Geschäftsführers

Wegen vorsätzlicher Kennzeichenverletzung kann auch der sog. faktische Geschäftsführer bestraft werden. Nach gefestigter Rechtsprechung ist als Geschäftsführer nicht nur der formell eingesetzte Geschäftsführer anzusehen, sondern auch derjenige, der die Geschäftsführung mit Einverständnis der Gesellschafter ohne förmliche Bestellung faktisch übernommen und ausgeübt hat.⁷⁶⁶ Dies ist der Fall, wenn sowohl betriebsintern als auch nach außen alle Dispositionen weitgehend von dem faktischen Geschäftsführer übernommen werden und er im Übrigen auf sämtliche Geschäftsvorgänge bestimmenden Einfluss nimmt.⁷⁶⁷ Auch muss er gegenüber dem formellen Geschäftsführer ein deutliches Übergewicht haben.⁷⁶⁸ Grund für das Fehlen einer Bestellung als Geschäftsführer ist entweder ein schlechter Ruf, eine Untersagung des Gewerbes nach § 35 GewO oder die von vorneherein bestehende Absicht, strafbare Handlungen zu begehen und sich der persönlichen zivilrechtlichen und auch strafrechtlichen Verantwortung zu entziehen.⁷⁶⁹

Die Einbeziehung des faktischen Geschäftsführers in die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Geschäftsführer“ bei Straftaten im Zusammenhang mit Insolvenzen, vgl. § 62 Abs. 1 GmbHG, stößt auf keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Ein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot des § 1 StGB, Art. 103 Abs. 2 GG wird vom BGH nicht angenommen.⁷⁷⁰ Nur so könne der Zweck der Vorschrift erreicht werden, nämlich vor einer kriminellen Handhabung der Ge-

⁷⁶⁶ BGH vom 24. Juni 1952, BGHSt 3, 32 (37); vom 38. Juni 1966, BGHSt 21, 101 (103); und vom 22. September 1982, BGHSt 31, 118 (122).

⁷⁶⁷ BGH vom 22. September 1982, BGHSt 31, 118 (121).

⁷⁶⁸ BGH vom 22. September 1982, BGHSt 31, 118, (122).

⁷⁶⁹ Wabnitz/Janovsky-Köhler, Handbuch des Wirtschaftsstrafrechts, 2. Kapitel D. I. 1.a) (S. 160).

⁷⁷⁰ BGH vom 22. September 1982, BGHSt 31, 118, (122).

schäftsführung einer GmbH zu schützen und die Wirtschaftskriminalität in diesem Bereich wirksam zu bekämpfen.⁷⁷¹

Für das Markenrecht ergeben sich hier keine Besonderheiten. Sofern nachgewiesen werden kann, dass eine Person auf sämtliche Geschäftsvorgänge nach innen und außen bestimmend einwirkt und bei ihm der entsprechende Vorsatz vorliegt, kann er wegen der in „seiner“ Firma vorgenommenen Kennzeichenverletzung verurteilt werden.⁷⁷²

C. Verletzung von Gemeinschaftsmarken, § 143a MarkenG

Die mit Art. 9 Nr. 35 des Kostenbereinigungsgesetzes im Jahre 2001 neu eingeführte Vorschrift des § 143a regelt mit Wirkung zum 20. Dezember 2001 die Strafbarkeit der Verletzung einer Gemeinschaftsmarke analog zu § 143 – der sie in ihrem Aufbau nachempfunden ist – nunmehr unmittelbar im MarkenG.⁷⁷³ Auch die Strafandrohung wurde aufgegriffen, sie entspricht der des Grundtatbestandes des § 143. Somit werden rechtswidrige Verletzungen von Gemeinschaftsmarken mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft.

Der Tatbestand des § 143a MarkenG wurde dergestalt formuliert, dass die in Art. 9 Abs. 1 S. 2 a) bis c) der Gemeinschaftsmarkenverordnung (GMV) genannten Verletzungshandlungen wortlautgemäß übernommen werden. Damit sollte ein Gleichlauf der unmittelbar geltenden Rechtsgewährung durch die GMV und der Strafbewehrung sichergestellt werden.⁷⁷⁴ § 143a Abs. 1 Nr. 1 regelt demnach den Identitätsschutz der Gemeinschaftsmarke, Abs. 1 Nr. 2 den Schutz gegen Verwechslungen und Abs. 3 sanktioniert die Benutzung in der Absicht, die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung einer bekannten Gemeinschaftsmarke in unlauterer Weise auszunutzen oder zu beeinträchtigen. Analog zu § 143 Abs. 1 Nr. 2 wurde bei letzterer Alternative das subjektive Tatbestandsmerkmal der Verletzungsabsicht aufgeführt. Auch für den Schutz der Gemeinschaftsmarke fällt der strafrechtliche Schutz der bekannten Marke somit enger aus als der zivilrechtliche Schutz.⁷⁷⁵ Für die weiteren Tatbestandsalternativen reicht dagegen eine bedingt vorsätzliche Handlungsweise aus.

Durch die Übernahme der Verletzungshandlungen des Art. 9 GMV wird die Reichweite der gemeinschaftsrechtlichen Schutzbestimmungen als Anknüpfungs-

⁷⁷¹ BGH vom 10. Mai 2000, JZ 2001, 309.

⁷⁷² Oftmals werden hier jedoch Nachweisprobleme liegen, so dass die Täter freigesprochen werden müssen, so z.B. in einem vom Verfasser betreuten Fall: AG Langen (Hessen) vom 15. November 2001, 32 Ds- 21 Js 18038/00.

⁷⁷³ Zur Entstehungsgeschichte des § 143a vgl. 2. Kapitel E. V. 1.

⁷⁷⁴ Ekey/Klippel, MarkenR, § 143a RN 5.

⁷⁷⁵ Fezer, MarkenR, § 143a RN 7.

punkt der Strafbewehrung konkretisiert. Sie entsprechen im Wesentlichen den Tatbeständen des § 143 MarkenG. Auch in § 143a MarkenG wird die Strafbarkeit dadurch eingeschränkt, dass die Benutzung des Zeichens im geschäftlichen Verkehr erforderlich ist und „trotz eines Verbots und ohne Zustimmung des Markeninhabers“ vorgenommen werden muss. Ingerl/Rohnke empfinden das Tatbestandsmerkmal „trotz eines Verbotes“ als für einen Straftatbestand untauglich, als dadurch suggeriert wird, der Markeninhaber müsse erst ein Verbot aussprechen oder seinen Anspruch aus Art. 9 Abs. 1 S. 2 GMV gerichtlich geltend machen. Dies würde zu der Konsequenz führen, dass vom Inhaber unentdeckte oder nicht abgemahnte Verletzungen von Gemeinschaftsmarken strafrechtlich ungeahndet bleiben müssten.⁷⁷⁶

Aus der amtlichen Begründung geht jedoch hervor, dass sich der Verbotscharakter nicht vom nationalen Recht unterscheiden soll, also nicht gegenüber jedem Dritten ein gesondertes Verbot ausgesprochen werden muss. Das Recht der Gemeinschaftsmarke kann vielmehr nach deren Veröffentlichung gemäß Art. 9 Abs. 3 GMV jedem Dritten entgegengehalten werden.⁷⁷⁷ Nach Art. 9 Abs. 1 S. 2 GMV gestattet es die Gemeinschaftsmarke ihrem Inhaber, Dritten die näher beschriebenen Handlungen „zu verbieten“. Nur in diesem Sinne kann das Tatbestandsmerkmal „trotz eines Verbots“ im Gesamtkontext des § 143a verstanden werden. Ansonsten würde ein erheblicher Systembruch vorliegen. Der nationale strafrechtliche Schutz der Gemeinschaftsmarke knüpft an das europäische Rechtsgut an, dessen Schutzentstehung und -umfang zunächst in der GMV geregelt wird. Insofern kann die Bedeutung des Merkmals durch eine am Sinn und der Entstehungsgeschichte der Vorschrift orientierte Auslegung ermittelt werden. Der Wortlaut des § 143a wird dadurch nicht überschritten, so dass die Vorschrift zwar zunächst missverständlich formuliert ist, sich aber keine durchgreifenden Bedenken aufgrund des Bestimmtheitserfordernisses ergeben.

Weiter abweichend von § 143 Abs. 1 Nr. 3 sind auch die Vorbereitungshandlungen des § 14 Abs. 4 MarkenG bei der Verletzung einer Gemeinschaftsmarke nicht strafrechtlich geschützt. Da diese Verletzungshandlungen nicht in der GMV aufgeführt werden, wurde auf die schutzerweiternde Einbeziehung in den nationalen Straftatbestand verzichtet. Die oben unter B. I. 1. d) erläuterten mittelbaren Markenverletzungen sind somit bei einer Gemeinschaftsmarke allenfalls als Versuch der Tat strafbar und im Übrigen auch zivilrechtlich nicht sanktionierbar.

Der ansonsten angestrebte Gleichlauf mit den Vorschriften zum Schutz der nationalen Marken wird über § 143a Abs. 2 sichergestellt, der die Absätze 2 bis 6 des § 143 für entsprechend anwendbar erklärt. Damit werden die Strafmaßerhöhung bei gewerbsmäßiger Begehung, die Versuchsstrafbarkeit, die Ausgestaltung des

⁷⁷⁶ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 143a RN 13.

⁷⁷⁷ Begründung zum Entwurf des Kostenbereinigungsgesetzes, BT-Ds 14/6203, S. 59/60.

Grundtatbestands als Antragsdelikt sowie die Regelungen über die Einziehung und die Bekanntmachung von Verurteilungen übernommen.⁷⁷⁸ Aus diesem Grund sind die sich bei der Anwendung der verschiedenen Alternativen des § 143a ergebenden Probleme, bspw. hinsichtlich der Auslegung der verschiedenen normativen Tatbestandsmerkmale wie die Bestimmung der Reichweite der Verwechslungsgefahr grundsätzlich die gleichen wie bei § 143, so dass auf die Ausführungen zur nationalen Marke verwiesen werden kann. Bei der Inhaltsbestimmung wird indes verstärkt die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung zu berücksichtigen sein, wengleich wie bereits dargestellt keine Auslegungskompetenz des EuGH für nationales Strafrecht besteht.⁷⁷⁹ Da jedoch sowohl das deutsche Markengesetz als auch die Gemeinschaftsmarkenverordnung auf der MRRL basieren, ergeben sich diesbezüglich keine Abweichungen.

Problematischster Punkt im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot ist auch hier wieder der wettbewerbsrechtlich ausgestaltete Schutz der in der Gemeinschaft bekannten Gemeinschaftsmarke gegen die Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft oder der Wertschätzung außerhalb des Waren-Dienstleistungsähnlichkeitsbereichs. Hier gelten zunächst die gleichen Grundsätze und Auslegungsregeln wie beim erweiterten Schutz einer nationalen Marke.⁷⁸⁰

Zu beachten ist weiter, dass es sich bei Art. 9 Abs. 1 c) GMV um eine Ausnahmeregelung handeln soll, die eng auszulegen ist.⁷⁸¹ Dies geht einher mit der strafrechtlichen Betrachtung, wonach die Reichweite des Bekanntheitschutzes der Gemeinschaftsmarke hinreichend bestimmt sein muss. Analog zu den Ausführungen oben B. I. 1. c) ist dies bei den Alternativen der Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft einer bekannten Gemeinschaftsmarke nicht der Fall, da es der Rechtsprechung schon zur nationalen Marke nicht gelungen ist, dem Tatbestand feste Konturen zu vermitteln. Auch an dieser Stelle ist selbst die Aufnahme des im Zivilrecht zusätzlich erforderlichen ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals der „greifbaren Beeinträchtigung“ nicht geeignet, den erhöhten strafrechtlichen Anforderungen zu genügen. Mangels einer hinreichenden Ausarbeitung dieser Alternativen durch die Rechtsprechung, die sich bislang mit mehr oder weniger pauschalen Feststellungen begnügt, kann eine Verletzung einer Gemeinschaftsmarke nach dieser Alternative des § 143a Abs. 1 Nr. 3 aufgrund des Verstoßes gegen § 1 StGB, Art. 103 Abs. 2 GG nicht bestraft werden.

Dagegen können die Rufschädigungs- und –ausbeutungstatbestände, nämlich die Beeinträchtigung oder Ausnutzung der Wertschätzung einer Gemeinschaftsmarke

⁷⁷⁸ Begründung zum Entwurf des Kostenbereinigungsgesetzes, BT-Ds 14/6203, S. 70.

⁷⁷⁹ Zum Einfluss des Europarecht auf die strafrechtliche Auslegung vgl. oben II. 5.

⁷⁸⁰ Piper, Zu den Anforderungen an den Schutz der bekannten Gemeinschaftsmarke nach der Gemeinschaftsmarkenverordnung, GRUR 1996, 657 (661).

⁷⁸¹ Ekey/Klippel, MarkenR, Art. 8 GMV, RN 108.

aufgrund der – auf die Gemeinschaftsmarke übertragbaren – langjährigen Rechtsprechung und der im Wortlaut angelegten Auslegungsgrundsätze genauer bestimmt werden. In diesen Fällen genügt für die Feststellung der Bekanntheit der Gemeinschaftsmarke nach Auffassung des EuGH mangels einer einschränkenden Präzisierung in der MRRL die Bekanntheit in einem wesentlichen Teil eines Mitgliedstaats.⁷⁸² Die zusätzlich erforderliche Verletzungswirkung kann durch Einordnung in die bestehenden Fallgruppen, die bereits im Wortlaut angelegt sind, bestimmt werden.

In subjektiver Hinsicht ist bei der Verletzung der Gemeinschaftsmarke nach § 143a Abs. 1 Nr. 1 und 2 analog zu § 143 mindestens bedingter Vorsatz erforderlich. Daneben erfordert eine Sanktionierung der Beeinträchtigung oder Ausnutzung der Wertschätzung einer bekannten Gemeinschaftsmarke das zusätzliche Erfordernis der absichtlichen Herbeiführung der Verletzungswirkung. Besonderheiten im Vergleich zu nationalen Marken bestehen an dieser Stelle nicht.

Abschließend ist zu erwähnen, dass in tatsächlicher Hinsicht nicht bekannt ist, ob bereits Strafverfahren wegen Verletzung von Gemeinschaftsmarken durchgeführt wurden. Eine entsprechende Aufschlüsselung in den verschiedenen – im 6. Kapitel näher erläuterten – Statistiken existiert bislang nicht.

D. Verletzung geographischer Herkunftsangaben, § 144 MarkenG

I. Allgemeines

Der dritte Straftatbestand des Markengesetzes regelt den Schutz der geographischen Herkunftsangaben (im Folgenden gHA). Diese sind seit Inkrafttreten des Markengesetzes als Kennzeichnungsmittel, § 1 Nr. 3, geschützt, da sie eine den Marken vergleichbare Funktion erfüllen. Als geographische Angaben verstanden werden gemäß § 126 Abs. 1 die Namen von Orten, Gegenden, Gebieten oder Ländern, die zur Bezeichnung der Herkunft von Waren oder Dienstleistungen benutzt werden. Beispiele von gHA sind die Bezeichnungen „Nürnberger Bratwürste“, „Made in Germany“ oder „Spa“, aber auch eine Bocksbeutelflasche aus Franken als mittelbare Angabe der Herkunft.⁷⁸³ Solche Bezeichnungen sind im Wirtschaftsleben von großer Bedeutung, da sie bei den Verbrauchern oftmals sehr bekannt sind.

Geographische Herkunftsangaben kennzeichnen die Waren und Dienstleistungen nicht nach ihrer betrieblichen, sondern nach ihrer geographischen Herkunft, ver-

⁷⁸² EuGH vom 14. September 1999, C-375/97 – CHEVY, GRUR Int. 2000, 73 (75).

⁷⁸³ Letzteres Beispiel nach Ullmann, Der Schutz der Angabe zur geographischen Herkunft – wohin?, GRUR 1999, 666 (668).

mitteln also lediglich einen örtlichen Bezug. Geschützt wird mittelbar der sog. „kollektive Goodwill“⁷⁸⁴ der in der fraglichen Region tätigen Unternehmer. Eine gHA kann somit grundsätzlich von allen Unternehmen für Waren und Dienstleistungen benutzt werden, die aus dem gekennzeichneten Ort oder Gebiet stammen. Das Bundesverfassungsgericht definiert den Schutz von gHA als einen Schutz gegen Unlauterkeit und Irreführung des Wettbewerbs.⁷⁸⁵ Folglich ist er seinem Schwerpunkt nach wettbewerbsrechtlich ausgestaltet und wurde ehemals über § 3 UWG realisiert. Die dazu von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze sollen im neuen Markengesetz weitergeführt werden, eine inhaltliche Änderung der Rechtslage war vom Gesetzgeber nicht geplant.⁷⁸⁶

Der Schutzzinhalt geographischer Herkunftsangaben bestimmt sich nach § 127. Danach besteht zunächst Schutz gegen die Benutzung der Angabe für solche Waren oder Dienstleistungen, die nicht aus dem genannten Ort stammen, sofern die Gefahr einer Irreführung besteht. § 127 Abs. 4 erstreckt den Schutz auf ähnliche Angaben. Es muss stets ein lokaler Bezug bestehen, d.h. eine Verbindung der Waren zu dem Ort.⁷⁸⁷ Nähere Bestimmungen über einzelne gHA können auch durch Rechtsverordnungen festgelegt werden, § 137 Abs. 1.

Darüber hinaus beinhaltet das Markenrecht einen Qualitätsschutz und schützt auch solche Angaben, die nicht nur auf die Herkunftsstätte hinweisen, sondern geeignet sind, auf besondere Eigenschaften oder Qualitäten der Waren aus einer bestimmten Region hinzuweisen, sog. „qualifizierte gHA“. Diese dürfen auch von Ortsansässigen nur dann verwendet werden, sofern deren Waren die erforderlichen Eigenschaften oder die notwendige Qualität aufweisen, § 127 Abs. 2. Dies bestimmt sich nach der Verkehrsauffassung. In Frage kommen hier vor allem bestimmte lokale Herstellungsbedingungen, Rezepturen, etc.⁷⁸⁸ Schließlich sind geographische Herkunftsangaben mit einem besonderen Ruf – bspw. „Champagner“ – auch ohne Irreführungsgefahr gegen Verwässerung und Beeinträchtigung Ihres Rufs analog zu bekannten Marken und geschäftlichen Bezeichnungen geschützt, § 127 Abs. 3.

Zusätzlich zum nationalen Recht sieht auch das Gemeinschaftsrecht den Schutz qualifizierter Herkunftsangaben für bestimmte Produkte vor, nämlich im Rahmen der EG-Verordnung Nr. 2081/92, die am 24. Juli 1993 in Kraft getreten ist.⁷⁸⁹

⁷⁸⁴ Begründung zum Markenrechtsreformgesetz, BT-Ds. 12/6581, S.116.

⁷⁸⁵ BVerfG vom 22. Mai 1979, GRUR 1979, 773, 777 – Weinbergsrolle.

⁷⁸⁶ Amtliche Begründung zum MarkenG, BI f. PMZ 1994, Sonderheft, A. IV.

⁷⁸⁷ Ekey/Klippel, MarkenR, § 127 RN 1.

⁷⁸⁸ Knaak, Der Schutz geographischer Angaben im neuen Markengesetz, GRUR 1995, 103 (106/107).

⁷⁸⁹ Verordnung (EWG) Nr. 2081/92 des Rates vom 14. 7. 1992 zum Schutz von geographischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel, ABI EG Nr. L 208 vom 24. Juli 1992.

Danach werden Herkunftsangaben für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel⁷⁹⁰ einem gemeinschaftsweiten Schutz zugänglich gemacht, sofern die Angaben in das von der EU-Kommission geführte Register der geschützten geographischen Angaben (g.g.A.)⁷⁹¹ oder der geschützten Ursprungsbezeichnungen (g.U.)⁷⁹² eingetragen werden. Die Voraussetzungen der Eintragung in das Register finden sich in Art. 2 Abs. 2 a) und b) der VO. Die Durchführung im nationalen Recht wird durch die §§ 130 – 136 MarkenG geregelt. Ziel dieses Schutzes ist ein gemeinschaftsweiter Schutz von g.g.A. und g.U. gegen anlehrende Benutzung und gegen herkunftsbezogene, irreführende Praktiken, vgl. Art. 13 der VO.

Insgesamt ist festzuhalten, dass durch diese umfangreichen Regeln sowohl nationale als auch europäische gHA im Markengesetz umfassend zivilrechtlich geschützt werden. Dazu ergänzend sanktioniert der Straftatbestand des § 144 die vorsätzliche widerrechtliche Benutzung der gHA. Die Norm ist nach der gleichen Ratio wie die §§ 143, 143a aufgebaut, rekuriert nämlich in Absatz 1 auf die zivilrechtliche Vorschrift des § 127 über den Schutzzinhalt und in Absatz 2 auf den gemeinschaftsrechtlichen Schutz nach der VO (EWG) Nr. 2081/92. § 144 trat mit der Einführung des neuen Markengesetzes an die Stelle der falschen Warenkennzeichnung in § 26 WZG, welche die vorsätzliche Verwendung irreführender Angaben über den Ursprung von Waren unter Strafe stellte.⁷⁹³ Gleichwohl wurde in der neuen Regelung die Verwendung irreführender Angaben über die Beschaffenheit oder den Wert der Waren nicht einbezogen, da die hierfür geltende Strafvorschrift des § 4 a.F. UWG als ausreichend angesehen wurde.⁷⁹⁴

II. Strafbare Benutzung nationaler geographischer Herkunftsangaben

Wie soeben ausgeführt nimmt der Tatbestand des § 144 Abs. 1 Nr. 1 und 2 unmittelbar Bezug auf die Vorschriften über den Schutzzinhalt geographischer Herkunftsangaben nach § 127 und bezieht deren Voraussetzungen ein.

⁷⁹⁰ Für Wein und Spirituosen existieren bereits gemeinschaftsrechtliche Sonderregelungen, VO (EWG) Nr. 2392(89), ABL EG L 232 vom 9. August 1989, 13 ff. und (EG) 1493/99, ABI EG L 179 vom 24. Juli 1999.

⁷⁹¹ Dies sind die Namen der Gebiet oder Orte, die für Agrarerzeugnisse oder Lebensmittel verwendet werden, bei denen sich die Qualität, das Ansehen oder eine andere Eigenschaft aus dem geographischen Umfeld ergibt oder die in diesem Gebiet hergestellt oder verarbeitet werden, vgl. Art. 2 Abs. 2 b) der VO, bspw. „Schwarzwälder Schinken“.

⁷⁹² Dies sind die Namen der Gebiet oder Orte, die für Agrarerzeugnisse oder Lebensmittel verwendet werden, die ihre Güte oder Eigenschaft den geographischen Verhältnissen verdanken sowie in dem Gebiet hergestellt oder verarbeitet sind, Art 2 Abs. 2 a) der VO, bspw. „Allgäuer Bergkäse“.

⁷⁹³ Zur Entstehungsgeschichte vgl. 2. Kapitel, D. IV.

⁷⁹⁴ Amtl. Begründung zum neuen Markengesetz, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, S.120

Vorzustellen ist, dass der Schutz von gHA gegen eine Benutzung im geschäftlichen Verkehr ausweislich des Wortlauts in § 126 Abs. 1 nur für solche Angaben bestehen könnte, die im Verkehr „zur Kennzeichnung der geographischen Herkunft von Waren und Dienstleistungen benutzt werden“. Bei genauer Analyse der Satzstruktur könnte jedoch fraglich sein, ob sich dieses Erfordernis auf alle gHA oder nur auf die im 2. Halbsatz des § 126 Abs. 1 erwähnten „sonstigen Angaben, die zur Kennzeichnung der Herkunft benutzt werden, bezieht. Ingerl/Rohnke sind insofern der Ansicht, dass ein Benutzungserfordernis für alle gHA den Anwendungsbereich von § 126 erheblich einschränken würde. Auch die Rechtsverfolgung würde erschwert, da man bei kleineren Orten immer die mindestens einmalige Benutzung der gHA nachweisen müsse.⁷⁹⁵

In strafrechtlicher Hinsicht ist dieser in pragmatischer Hinsicht sicherlich zuzustimmenden Auffassung nicht zu folgen. Die Unklarheit des Gesetzeswortlauts kann nicht zu Lasten des potentiellen Täters ausgelegt werden. Auch spricht für ein Absehen von einer Differenzierung, dass der Gesetzgeber an keiner Stelle des Gesetzes eine weitere Unterscheidung zwischen „normalen“ gHA und sonstigen Angaben zu Kennzeichnung der geographischen Herkunft vorgenommen hat. Im Gegenteil, auch mittelbare gHA müssen benutzt worden sein, da nur dann die Qualifizierung als gHA vom Verkehrsverständnis abhängt.⁷⁹⁶ Insofern ist immer ein Nachweis der Benutzung der gHA erforderlich.⁷⁹⁷ Eine erweiternde Auslegung ist bei Berücksichtigung semantischer Feinheiten zwar mit dem Gesetzeswortlaut möglicherweise vereinbar, aber schon aufgrund der Anwendung einer Freiheits- oder Geldstrafe nur als ultima ratio jedenfalls im Strafverfahren nicht angebracht. In tatsächlicher Hinsicht dürfte die Feststellung der Benutzung indes keine Probleme bereiten, denn der vorsätzliche Verletzer einer gHA wird sich für seine Verletzungshandlungen nur im Verkehr bekannte und daher auch benutzte gHA aussuchen.

1. Irreführungs- und Qualitätsschutz

Die erste Variante der strafbaren Benutzung einer gHa, § 144 Abs. 1 Nr. 1, erfasst Verstöße gegen die Irreführungsgebote des § 127 Abs. 1 und 2 zum Schutze der gHA iSv § 126⁷⁹⁸, sanktioniert nämlich die rechtswidrige Benutzung sowohl ein-

⁷⁹⁵ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 126 RN 9.

⁷⁹⁶ Ullmann, Der Schutz der Angabe zur geographischen Herkunft – wohin?, GRUR 1999, 666 (668).

⁷⁹⁷ Im Ergebnis ebenso: Fürmann, Der strafrechtliche Schutz geographischer Herkunftsangaben, MarkenR 2003, 381.

⁷⁹⁸ Missverständlich Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 144 RN 2, die hier bereits bei Abs. 1 Nr. 1 von Sanktionierung der Ausnutzungs- und Beeinträchtigungsverböten sprechen. Diese werden jedoch erst in Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 127 Abs. 3 geregelt.

facher als auch qualifizierter gHA im geschäftlichen Verkehr. Die objektive Widerrechtlichkeit richtet sich dabei nach den Grenzen der Unterlassungsansprüche des § 127 Abs. 1 und 2.⁷⁹⁹

Neben der regelmäßig einfachen Feststellung der Benutzung einer identischen – oder ähnlichen, § 127 Abs. 4, s.u. – Benutzung einer gHA für Waren anderer Herkunft durch den Täter im geschäftlichen Verkehr ist vom Strafrichter die Gefahr einer Irreführung festzustellen. An das Vorliegen einer solchen Gefahr sollen – im Zivilrecht – keine höheren Anforderungen zu stellen sein als bei § 3 UWG.⁸⁰⁰ Danach genügt es, wenn die gHA geeignet ist, bei einem nicht ganz unbeachtlichen Teil des Verkehrs eine unrichtige Vorstellung über die geographische Herkunft hervorzurufen.⁸⁰¹ Es sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, insbesondere die graphische Gestaltung, die Dominanz einzelner Bestandteile, die Kennzeichnungskraft eventueller Zusätze, sowie ggf. entlokalisierende Angaben.⁸⁰² Eine tatsächlich stattfindende Täuschung wird nicht verlangt. Entscheidend soll sein, dass die gHA auf eine Verbindung der Waren oder Dienstleistungen zu dem angegebenen Ort hinweist.⁸⁰³ Keine Irreführung wird dann angenommen, wenn sich aus der Art des Orts offenkundig ergibt, dass ein Bezug zu der Gegend nicht bestehen kann, nämlich der angegebene Ort als Produktionsstätte erkennbar ausscheidet.⁸⁰⁴

Die Gefahr der Irreführung beurteilt sich alleine nach der Verkehrsauffassung.⁸⁰⁵ Nach dieser bestimmt sich auch, welche Bedeutung die gHA hat und auf welchen geographischen Bereich sie genau hinweist.⁸⁰⁶ In quantitativer Hinsicht kann das Vorliegen eines nicht ganz unbeachtlichen Teils des Verkehrs natürlich nicht zahlenmäßig exakt festgelegt werden. Vielmehr bedarf es einer Interessenabwägung im jeweiligen Einzelfall. Es ist Sache des Gerichts, den für einen Verstoß erforderlichen Prozentsatz der durch die Benutzung der gHA getäuschten Verbraucher festzustellen.⁸⁰⁷ Im Zivilrecht wird üblicherweise schon dann eine Irreführung angenommen, wenn 10 bis 15% der Verbraucher über die geographische Her-

⁷⁹⁹ Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 144 RN 5.

⁸⁰⁰ BGH vom 2. Juli 1998, WRP 1998, 998 und 1002, Warsteiner I und II.

⁸⁰¹ St. Rsp., bspw. BGH vom 25. Januar 2001, GRUR 2001, 420 (421/422) – SPA; weitere Nachweise in Fezer, MarkenR, § 127 RN 5.

⁸⁰² Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 127 RN 15.

⁸⁰³ Klippel/Ekey, MarkenR, § 127 RN 1.

⁸⁰⁴ BGH vom 30. Juni 1983, GRUR 1983, 768 ff. – Capri-Sonne; vom 2. Juli 1998, GRUR 1999, 252 (254) – Warsteiner II.

⁸⁰⁵ So schon Baumbach/Hefermehl, WZG, § 26 RN 4; Müller, Demoskopie in der Zitadelle des Strafrechts, GRUR 1986, 420 (422).

⁸⁰⁶ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 127 RN 3.

⁸⁰⁷ Vgl. EuGH vom 16. Juli 1998, C-210/96 – Gut Springenheide, RN 36; GRUR Int. 1998, 795.

kunft getäuscht werden.⁸⁰⁸ Für den strafrechtlichen Bereich wurde vom OLG Stuttgart in einem entschiedenen Fall zur Ordnungswidrigkeit des §§ 17 LMBG eine Quote von 15% gefordert.⁸⁰⁹

Die Beurteilung der Verkehrsauffassung durch das Gericht ist im Strafrecht bei eigener Sachkunde möglich, § 244 Abs. 4 S. 1 StPO. Entsprechend wurde bei Entscheidungen zu dem insoweit vergleichbaren § 4 UWG a.F. (nunmehr § 16 UWG, s.u. 2. Teil B. I.) regelmäßig vorgegangen.⁸¹⁰ Da die Verwendung einer Herkunftsangabe meist für Konsumgüter des täglichen Bedarfs erfolgt, gehören die Richter fast immer zu den angesprochenen Verkehrskreisen. Der BGH geht davon aus, dass meist keine Gründe vorliegen werden, die Zweifel an dem vom Gericht angenommenen Verkehrsverständnis wecken können.⁸¹¹ Ansonsten kommt als – sicherlich genaueres, aber weit teureres und damit evt. unverhältnismäßiges⁸¹² – Beweismittel zur Ermittlung der Verkehrsauffassung die Einholung eines demoskopischen Gutachtens in Betracht. Dieses ist im Strafprozess in Form eines Sachverständigengutachtens verwertbar.⁸¹³ Zumindest in – bislang eher theoretischen – schweren Fällen des § 144 Abs. 1 Nr. 1, sofern also hohe Geldstrafen oder sogar Freiheitsstrafen im Raum stehen, sollte das Bestehen einer Irreführungsfahr durch ein demoskopisches Gutachten im Rahmen eines Sachverständigenbeweises ermittelt werden. Hinsichtlich der diesbezüglichen Besonderheiten darf zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen bei der Feststellung der Bekanntheit einer Marke verwiesen werden.⁸¹⁴

Ansonsten ist im Hinblick auf das notwendige Maß an Bestimmtheit bei der Beurteilung der irreführenden Benutzung festzuhalten, dass die Ausfüllung des Tatbestands durch die zu §§ 3, 4 UWG entwickelten Grundsätze ausreicht, ihn hinreichend bestimmt zu gestalten. Zwar sind die Verletzer von gHA oftmals von dem Verständnis, das ihre Aussagen in der Öffentlichkeit finden, überrascht.⁸¹⁵ Dies spielt jedoch allenfalls beim Vorsatz oder bei Irrtümern eine Rolle. Vielmehr

⁸⁰⁸ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 127 RN 3; Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 127 RN 10; Ullmann, Der Schutz der Angabe zur geographischen Herkunft – wohin?, GRUR 1999, 666 (667).

⁸⁰⁹ OLG Stuttgart vom 7. Oktober 1980, NStZ 1981, 66 (67).

⁸¹⁰ A. A. Müller, Demoskopie in der Zitadelle des Strafrechts, GRUR 1986, 420 (424), der bei einer Stichprobengröße von 3 bis 5 Mitgliedern eines Richterkollegiums auf indiskutable Fehlertoleranzen hinweist.

⁸¹¹ BGH vom 17. Juni 1999, GRUR 2000, 239 – Last-Minute-Reise, hier in Bezug auf § 3 UWG.

⁸¹² AG Krefeld - 2 b Cs 251/64, zitiert nach: Zipfel, Verkehrsauffassung und Verbrauchererwartung, ZLR 1974, 280 (307).

⁸¹³ Eine Ermittlung durch Zeugenbefragung ist als Ausforschung in Deutschland nicht zulässig, vgl. BGH vom 27. Oktober 1959, GRUR 1960, 232 (234) – Feuerzeug-Ausstattung.

⁸¹⁴ Siehe oben B. I. 1. c) (2).

⁸¹⁵ Tilmann, Irreführende Werbeangaben und täuschende Werbung, GRUR 1975, 544 (548).

wurde im vergleichbaren § 4 UWG a.F. die Bestimmung der „irreführenden Angaben“ nach der Verkehrsauffassung als verfassungsgemäß angesehen, da die Norm gerade den Schutz der Verbraucher und der Allgemeinheit bezweckt. Auch gebietet es die beabsichtigte Sicherung des Goodwills der regionalen Unternehmen, bei der Ermittlung des Merkmals der irreführenden Angabe auch auf die Sichtweise der Verbraucher einzugehen.⁸¹⁶

Jedoch ist die Grenzziehung zwischen erlaubten und bei Strafe verbotenen Verhalten in § 4 UWG a.F. zusätzlich davon abhängig, dass noch die Unwahrheit der Angaben hinzutreten muss. Der Tatbestand wird durch dieses doppelte Erfordernis soweit eingeschränkt, dass er hinreichend bestimmt ist.⁸¹⁷ Eine vergleichbares Erfordernis besteht bei §§ 144 Abs. 1 Nr. 1, 127 Abs. 1 insoweit, als die Zeichenbenutzung „unwahr“ ist. Die Angabe muss für Waren benutzt werden, die nicht aus dem fraglichen Ort stammen und aus diesem Grund die Gefahr der Irreführung über die Herkunft der Waren besteht. Insofern kann nichts anderes auch bei der Beurteilung der irreführenden Benutzung im Rahmen der gHA gelten, deren Schutz nach ständiger Rechtsprechung und Kommentarliteratur ebenfalls als wettbewerbsrechtlich angesehen wird.⁸¹⁸ Sie vermitteln anders als Marken gerade keine subjektiven Rechte zugunsten eines ganz bestimmten Inhabers.

Aufgrund der gefestigten und nicht durch unüberschaubare Kasuistik geprägten Rechtsprechung zum Tatbestandsmerkmal der Irreführungsgefahr lassen sich Leitlinien zur Begrenzung des Schutzzumfangs festmachen, die dem Täter das Risiko einer Bestrafung verdeutlichen. Hinzu kommt, dass Strafvorschriften zum Schutz von gHA bereits seit langem existieren. So sanktionierte bereits § 16 WbzG im Jahre 1894 die Benutzung geographischer Herkunftsbezeichnungen. Diese Norm wurde 1936 durch § 26 WZG abgelöst, der – neben den zusätzlichen Varianten der Irreführung über die Beschaffenheit und den Wert von Waren – die vorsätzliche und sogar auch fahrlässige Verwendung irreführender Angaben über den Ursprung von Waren unter Strafe stellte.⁸¹⁹ Auch § 26 WZG forderte, dass die falsche Angabe geeignet war, einen Irrtum zu erregen und stellte bereits auf eine verkehrserhebliche Irreführung ab.⁸²⁰ Diese Grundsätze werden von § 144 fortgeführt, so dass nicht von willkürlichen Entscheidungsspielräumen der Gerichte auszugehen ist.

Schließlich wird die Strafbarkeit weiter eingeschränkt durch die vom BGH vorgenommene Verhältnismäßigkeitsprüfung, in deren Rahmen die Irreführungsge-

⁸¹⁶ OLG Stuttgart vom 31. März 1981, GRUR 1981, 750 – „statt-Preise“.

⁸¹⁷ Gribbowsky, Strafbare Werbung, V. 4.2 A. (S. 93); OLG Stuttgart vom 31. März 1981, GRUR 1981, 750 – „statt-Preise“.

⁸¹⁸ Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 126 RN 6, m.w.N.

⁸¹⁹ Vgl. zu den Vorgängervorschriften 2. Kapitel, D. IV sowie Anhang 1.

⁸²⁰ Busse, WZG, § 26 RN 5.

fahr gegen die Interessen des mit der gHA werbenden Unternehmens abgewogen wird.⁸²¹ Die einzelnen Kriterien dieser Abwägung sowie die Anforderungen an sog. entlokalisierende Zusätze wurden in den letzten Jahren in den Entscheidungen „Warsteiner I bis III“ sowie „Original Oettinger“ detailliert ausgearbeitet.⁸²² Insofern besteht noch weniger die Gefahr, dass rechtschaffene Benutzer von gHA unnötig kriminalisiert werden. Im Ergebnis sind die oben A. II. dargestellten Voraussetzungen zur Wahrung des Bestimmtheitsgebots erfüllt, so dass gegen den Straftatbestand des § 144 Abs. 1 Nr. 1 keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen.

Auch der Sonderfall der Verletzung des Qualitätsschutzes für gHA nach §§ 144 Abs. 1 Nr. 1., 2. Alt, 127 Abs. 2 ist verfassungskonform. Bestraft werden kann unabhängig von einer Gefahr der Irreführung derjenige, der eine gHA oder eine dazu ähnliche Angabe für Waren verwendet, die zwar aus dem betreffenden Gebiet stammen, denen aber die besonderen Eigenschaften oder Qualitätsmerkmale fehlen. Nach dem Wortlaut des § 127 Abs. 2 müssen diese Eigenschaften oder die besondere Qualität objektiv vorliegen. Eine Feststellung des tatsächlichen Vorliegens konkreter Merkmale durch den Tatrichter wird aber regelmäßig unproblematisch sein.

2. *Schutz des besonderen Rufs von Herkunftsangaben*

Die dritte Tatbestandsvariante, §§ 144 Abs. 1 Nr. 2, 127 Abs. 3, beinhaltet den strafrechtlichen Schutz einer mit einem besonderen Ruf behafteten gHA gegen eine unlautere Ausnutzung oder Beeinträchtigung dieses Rufs oder der Unterscheidungskraft. Nochmals ist zu betonen, dass die Verwirklichung dieses Tatbestands unabhängig von einer etwaigen Irreführungsgefahr gegeben ist. Es kommt vielmehr darauf an, dass die Verwendung der gHA für Waren und Dienstleistungen anderer Herkunft zur Rufausbeutung oder Verwässerung geeignet ist.⁸²³ Ausweislich der amtlichen Begründung sollen die maßgeblichen Kriterien zur Beurteilung dieser weiteren Voraussetzungen, nämlich das Vorliegen eines besonderen Rufs, die Ausnutzung oder Beeinträchtigung desselben oder der Unterscheidungskraft zumindest teilweise mit den Voraussetzungen des Schutzes bekannter Marken nach § 14 Abs. 2 Nr. 3 übereinstimmen.⁸²⁴

⁸²¹ Ingerl/Rohke, MarkenG, § 127 RN 8, Fezer, MarkenR § 127 RN 6a, Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 127 RN 14.

⁸²² BGH vom 2. Juli 1998, WRP 1998, 998 und 1002 - Warsteiner I und II; vom 19. September 2001, GRUR 2002, 160 (162) Warsteiner III; vom 18. April 2002, GRUR 2002, 1074 (1076) - Original Oettinger.

⁸²³ Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 127 RN 26.

⁸²⁴ Amtl. Begründung zum neuen MarkenG, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, S. 112.

Im Einzelnen streitig ist aber, ob der besondere Ruf einer gHA gleichzusetzen ist mit der Bekanntheit einer Marke.⁸²⁵ Zwar wird eine Bekanntheit meist das Bestehen eines besonderen Rufes indizieren, es kommt aber bei einer gHA gerade nicht auf die Feststellung einer quantitativen Bekanntheit an.⁸²⁶ Denn auch und gerade qualitative Elemente wie z.B. Tradition, Prestige, Exklusivität, Qualität oder besondere andere Gütevorstellungen können einen besonderen Ruf begründen.⁸²⁷ Der Ruf muss sich indes nicht auf besondere Merkmale der Waren beziehen, eine unbestimmte Vorstellung, Produkte aus diesem Gebiet seien „besonders gut“, genügt.⁸²⁸

Die Einbeziehung solcher Merkmale bereitet – anders als bei der Frage der Bekanntheit, deren Wortsinn zumindest ein „von vielen gewusst fordert – im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz keine Probleme. Im Wortlaut des Rufes angelegt und den Verkehrskreisen und damit auch dem potentiellen Täter bekannt ist, dass ein Ruf nicht nur durch Bekanntheit, sondern vor allem auch durch eine bestimmte Wertschätzung begründet werden kann. Diese Wertschätzung kann vom Gericht anhand der aufgezählten qualitativen Merkmale festgestellt werden, zumal die Grundsätze der damaligen Rechtsprechung zu § 1 UWG noch fortwirken, nämlich in § 127 Abs. 3 kodifiziert wurden. Eine genauere Definition eines besonderen Rufes einer gHA ist überdies schlecht vorstellbar. Die tatsächliche Feststellung des Rufes kann wiederum entweder durch ein demoskopisches Gutachten als Sachverständigenbeweis erfolgen, durch Annahme eigener Sachkunde des Gerichts, § 244 Abs. 4 S.1 StPO, oder aber durch Feststellung der Offenkundigkeit des Rufes, § 244 Abs. 3 S. 2 StPO, erfolgen.

Weitere Voraussetzung des Anspruchs nach § 127 Abs. 3 und damit der Strafbarkeit nach § 144 Abs. 1 Nr. 2 ist, dass die Benutzung der gHA geeignet ist, den Ruf oder die Unterscheidungskraft einer gHA auszunutzen oder zu beeinträchtigen. An dieser Stelle ist eine Parallele zu § 143 Abs. 2 Nr. 3 zu ziehen, sodass hinsichtlich der vier Fallgruppen zunächst auf die diesbezüglichen Ausführungen verwiesen werden kann.⁸²⁹ Die amtliche Begründung zu § 127 weist darüber hinaus auf die zu § 1 UWG a.F. ergangene Rechtsprechung hin.⁸³⁰ Diese Rechtsprechung ist besonders „großzügig“ zugunsten der berechtigten Verwender von gHA mit besonderem Ruf. Danach konnte schon eine lobende Verwendung – bspw.

⁸²⁵ Bejahend: Klippel/Ekey, MarkenR, § 127 RN 6; Fezer, MarkenR, § 127 RN 13; ablehnend: Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 127 RN 10.

⁸²⁶ Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 127 RN 27.

⁸²⁷ BGH vom 28. März 1996, GRUR 1996, 508 (509) – Uhren Applikation (zu § 1 UWG).

⁸²⁸ OLG München vom 22. März 2001, MarkenR 2001, 218, (223) – Habana.

⁸²⁹ Siehe oben B. I. c) (5) ff.

⁸³⁰ Begründung zum neuen MarkenG, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, S. 112.

durch den Slogan „Champagner bekommen, Sekt bezahlen“⁸³¹ – eine Beeinträchtigung des guten Rufs darstellen. Darüber hinaus hat der BGH in der angegebenen Entscheidung festgestellt, dass keine markenmäßige Verwendung der gHA vorliegen muss, sondern bereits eine werbemäßige Verwendung in einem Werbeslogan genügt. Die Übernahme dieser Grundsätze in die strafrechtliche Betrachtung würde zu einem sehr weiten Anwendungsbereich des objektiven Tatbestands führen, der nur durch das Absichtserfordernis auf der subjektiven Seite eingeschränkt wäre.

Wiederum gilt, dass allein die Tatbestandsalternativen der Rufbeeinträchtigung und der Rufausnutzung aufgrund der bereits im Wortlaut der Norm angelegten Bedeutung und der Existenz hinreichender höchstrichterlicher Entscheidungen zur Bestimmung der Tatbestandsmerkmale in ihrem Wesensgehalt und ihren Grenzen noch bestimmbar sind. Dies auch aufgrund der Tatsache, dass die Grundsätze zu den Varianten des § 14 Abs. 2 Nr. 3 zumindest bei der Bestimmung der Verkehrsauffassung vollständig anwendbar sein sollen.⁸³² Es besteht nur die Besonderheit, dass festgestellt werden muss, ob eine Übertragung des Rufs der gHA überhaupt möglich ist. Im Zivilrecht bejaht wurde diesbezüglich eine Beeinträchtigung der Angabe „Champagner“ bei einer Verwendung für EDV-Geräte, verneint dagegen bei der Verwendung für ein Internetportal mit Informationen über Champagner.⁸³³ Auch die Benutzung von „Habana“ für Motorroller wurde nicht als Rufbeeinträchtigung angesehen.⁸³⁴ Diese Wertungen können auch in einem Strafverfahren herangezogen werden, so dass analog der Betrachtung im Rahmen des § 14 Abs. 2 Nr. 3 von einer willkürlichen Entscheidungsfreiheit des Strafrichters bei der Feststellung der Eignung der Benutzung des Zeichens zur Ausnutzung oder Beeinträchtigung des besonderen Rufs einer gHA nicht auszugehen ist. Der Sinngehalt der Norm ist bereits im Wortlaut angelegt und die Reichweite des Rufschutzes aufgrund der ergangenen Entscheidungen hinreichend bestimmbar.

Hingegen kann bei der Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft nicht von einer langjährigen Rechtsprechungspraxis und erst recht nicht von der Ausarbeitung von hinreichenden Kriterien zu diesen „Verwässerungstatbeständen“ die Rede sein. So kann bspw. die nötige Minderung des Werbewerts der gHA nicht konkret ermittelt werden, zumal jede Verwendung einer mit einem besonderen Ruf versehenen gHA deren Unterscheidungskraft berührt. Auch das von

⁸³¹ BGH vom 17. Januar 2002, GRUR 2002, 426 (427); vom 4. Juni 1987, GRUR 1988, 453 (455) - Ein Champagner unter den Mineralwässern.

⁸³² Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 127 RN 15, Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 127 RN 28.

⁸³³ BGH vom 17. November 2002, GRUR 2002, 426 - Champagner bekommen, Sekt bezahlen; OLG München vom 20. September 2001, WRP 2002, 111 (114) – www.champagner.de.

⁸³⁴ OLG München vom 22. März 2001, MarkenR 2001, 218, (223) – Habana.

der Rechtsprechung zu § 14 Abs. 2 Nr. 3 eingeführte Erfordernis einer „greifbaren“ Beeinträchtigung führt aus den oben B. I. c) (8) cc) dargestellten Gründen nicht zu einer sinnvollen Eingrenzung des Tatbestands.

Hinzu kommt, dass diese Tatbestandsalternativen auch in der Kommentierung im Rahmen des § 127 Abs. 3 allenfalls als ergänzend angesehen werden. Teilweise werden sie sogar gar nicht aufgeführt. Im Ergebnis müsste sich – auch vor dem Hintergrund der zur Erfüllung des Tatbestands ausreichenden rein werbemäßigen Benutzung des Zeichens durch den Täter – die Strafbarkeit einer Verwässerung oder Aufmerksamkeitsausbeutung einer gHA letztlich an willkürlichen Kriterien orientieren, die sich weder im Wortlaut der Norm widerspiegeln noch eine Definition durch die Rechtsprechung erfahren haben. Damit liegt kein hinreichendes Maß an Bestimmtheit vor. Die Konturen des Straftatbestands sind zu uferlos und das Risiko einer Bestrafung nicht mehr einschätzbar. Sofern keine zusätzliche Rufschädigung oder -ausnutzung vorliegt, kann eine Bestrafung des Täters selbst bei absichtlicher Handlungsweise nicht erfolgen.

Schließlich muss auch bei § 144 Abs. 1 Nr. 2, § 127 Abs. 3 die Benutzung ohne rechtfertigen Grund und in unlauterer Weise geschehen, was insbesondere bei zusätzlichen Unlauterkeitskriterien wie der Häufigkeit der Benutzung und einem etwaigen beeinträchtigenden Charakter der Angabenverwendung der Fall sein wird.⁸³⁵

3. *Schutz von durch Rechtsverordnung näher bestimmten Herkunftsangaben*

Mit dem neuen Markengesetz hat der Gesetzgeber eine Ermächtigung des BMJ verankert, Rechtsverordnungen zum Schutz von gHA zu erlassen, § 137. Damit sollten die in zahlreichen Spezialgesetzen existierenden Verordnungsermächtigungen zum Schutze von gHA entbehrlich werden.⁸³⁶ Bislang wurde davon erst in einem Fall Gebrauch gemacht, nämlich das aus dem Jahre 1938 stammende Gesetz zum Schutz der gHA „Solingen“ durch die SolingenVO abgelöst.⁸³⁷

Mit dem Markenrechtsänderungsgesetz 1996 wurden auch die Straftatbestände in § 144 Abs. 1 Nr. 1 und 2 diesbezüglich ergänzt, als auch eine Verletzung von nach § 127 geschützten gHA in Verbindung jeweils mit einer nach § 137 Abs. 1 erlassenen Rechtsverordnung strafbewehrt ist. Durch diese im Nebenstrafrecht übliche Bezugnahme auf die in der Rechtsverordnung näher bezeichneten Bestimmungen über den besonderen Schutz einzelner gHA sollen die einzelnen Tat-

⁸³⁵ So nur Althammer/Ströbele/Klaka, MarkenG, 6. Auflage, § 127 RN 11, wo ansonsten auf die Ausführungen zu § 14 Abs. 2 Nr. 3 verwiesen wird.

⁸³⁶ Amtl. Begr. zum neuen MarkenG, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, S. 117.

⁸³⁷ Vom 16. April 1994, BGBl. 1994 I, 2833 ff.

bestandsalternativen präzisiert werden, um so Probleme mit dem Bestimmtheitsgebot zu vermeiden.⁸³⁸ Damit einhergehend werden die zulässigen Regelungsgegenstände entsprechender Verordnungen durch § 137 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 vorgegeben. Danach können durch eine VO Konkretisierungen in Bezug auf ein Herkunftsgebiet, über die Qualität der Waren oder Dienstleistungen oder über die Art und Weise der Verwendung der gHA festgelegt werden. Insofern werden die Grenzen des Regelungsinhalts bereits vom Gesetzgeber hinreichend bestimmt vorgegeben. Es wird nicht die alleinige Rechtssetzungsbefugnis auf die Exekutive wegdelegiert. Die Verbotsmaterie ergibt sich hinreichend bestimmt aus der Strafnorm in Verbindung mit den konkretisierenden Verordnungen.⁸³⁹ Die Strafbarkeit der widerrechtlichen Benutzung der durch eine VO besonders geschützten gHA bereitet damit keine Probleme verfassungsrechtlicher Art.

4. *Benutzung ähnlicher Namen, Angaben oder Zeichen*

Eine Zuwiderhandlung ist bei allen Tatbestandsalternativen des § 144 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 nicht nur bei identischer Benutzung, sondern auch bei Verwendung von ähnlichen oder mit Zusätzen versehenen Angaben gegeben, § 127 Abs. 4. Dies trägt der Tatsache Rechnung, dass geographische Herkunftsangaben oftmals auch in abgewandelter Form oder mit Zusätzen verwendet werden. Sofern trotzdem die Gefahr der Irreführung besteht oder eine Rufausbeutung oder -schädigung vorliegt, werden auch solche zur geschützten Herkunftsangabe lediglich ähnlichen Zeichen erfasst.⁸⁴⁰

Auch in dieser Einbeziehung ähnlicher Angaben in die Straftatbestände liegt kein Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG. Denn das Erfordernis der Ähnlichkeit kann zwar nicht unmittelbar gleichgesetzt werden mit dem im Zusammenhang mit der Verwechslungsgefahr genannten Begriff der Zeichenähnlichkeit in den §§ 14 Abs. 2 Nr. 2, 15 Abs. 2. Gleichwohl ist die Beurteilung der Ähnlichkeit von Zeichen jeglicher Art ein Kernstück des Kennzeichenrechts, so dass die Feststellung des Vorliegens einer zu einer gHA ähnlichen Angabe anhand der langjährigen und in vielen Facetten ausgearbeiteten Rechtsprechung möglich ist. Damit einhergehend spricht auch die Gesetzesbegründung davon, dass das Tatbestandsmerkmal den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen entspricht.⁸⁴¹

⁸³⁸ Begründung zum MarkenrechtsänderungsG vom 19. Juli 1996, BT-Ds 13/3841, S. 16, Fezer, MarkenR, § 144 RN 6.

⁸³⁹ Niehaus, Blankettnormen und Bestimmtheitsgebot, Wistra 2004, 207 (210).

⁸⁴⁰ Amtl. Begründung zum neuen MarkenG, Bl. f. PMZ, 1994, Sonderheft, S. 112.

⁸⁴¹ A.a.O.

Bei der konkreten Beurteilung der Zeichenähnlichkeit geht der BGH bei Herkunftsangaben davon aus, dass der Ähnlichkeitsschutz dann eingreift, wenn die abgewandelte Bezeichnung ihrem Sinn nach denselben Eindruck hervorruft wie die geschützte gHA.⁸⁴² Zwar erscheint auch diese Voraussetzung zunächst recht vage und für die Übernahme ins Strafrecht nicht geeignet. Eine Ausfüllung orientiert an den bekannten Kriterien der Gesamtwirkung der Zeichen und der besonderen Berücksichtigung der prägenden Elemente lässt aber das Risiko einer willkürlichen Entscheidungsfindung minimal erscheinen. Hinzu kommt, dass für die Beurteilung der Ähnlichkeit von geographischen Herkunftsangaben sogar ein etwas strengerer Maßstab gelten soll, da anders als bei sich zwei sich gegenüberstehenden Marken bereits kleinere Abweichungen geeignet sein können, von dem Eindruck einer gHA wegzuführen.⁸⁴³

III. Strafbare Benutzung gemeinschaftsrechtlich geschützter Herkunftsangaben

Neben der strafbewehrten Benutzung nationaler gHA soll auch ein strafrechtlicher Schutz gegen die widerrechtliche Benutzung gemeinschaftsrechtlich geschützter geographischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen eingeführt werden. Der Gesetzgeber kommt mit dieser strafrechtlichen Regelung seiner allgemeinen Verpflichtung aus Art. 10 EGV auf dem Gebiet des Schutzes eingetragener Bezeichnungen iSd VO (EWG) 2081/92 nach, indem er den Anwendungsbereich des Strafrechts auf den gemeinschaftsrechtlichen Schutzgegenstand entsprechend dem nationalen Schutz ausgedehnt hat.⁸⁴⁴

Die Benutzung dieser Angaben wird durch die Blankettvorschrift des § 144 Abs. 2 allgemein unter den strafrechtlichen Schutz gestellt.⁸⁴⁵ Diese Verweisung bedeutet rechtlich nur den Verzicht, den Text der in Bezug genommenen Vorschriften in vollem Wortlaut in die Verweisungsnorm aufzunehmen.⁸⁴⁶ Es ist im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG jedoch nicht ausreichend, wenn die Blankettvorschrift auf die jeweils in Kraft befindliche EWG-Verordnung verweist. Denn die Voraussetzungen der Strafbarkeit und die Art der Strafe müssen sich schon auf Grund des Gesetzes und nicht erst aus der hierauf gestützten Rechtsverordnung erkennbar sein.⁸⁴⁷

⁸⁴² BGH vom 26. Juni 1969, GRUR 1969, 615 (616) – Champi-Krone.

⁸⁴³ BPatG vom 25. März 1986, GRUR 1987, 236 – Balfast ≠ Belfast, Einzelheiten bei Ekey/Klippel, MarkenR, § 127 RN 12.

⁸⁴⁴ Wabnitz/Janovsky, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Kapitel B. VIII. 4. (S. 188).

⁸⁴⁵ Fezer, MarkenR, § 144 RN 19.

⁸⁴⁶ BVerfG vom 19. Dezember 1991, 2 BvR 836/85, NVwZ-RR 1992, 521.

⁸⁴⁷ BVerfG vom 22. Juni 1988, BVerfGE 78, 374.

Diesen Voraussetzungen trägt der Gesetzgeber Rechnung, in dem Art und Maß der Strafe – „ebenso [wie in Abs. 1] wird bestraft, wer...“ – schon im Tatbestand festgelegt werden. Auch die weiteren Voraussetzungen der Strafbarkeit, nämlich die vorsätzliche widerrechtliche Benutzung eine nach den Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaft geschützten geographischen Angabe, finden sich in § 144 Abs. 2. Ausgefüllt wird der Tatbestand durch eine nach § 144 Abs. 6 zu erlassene Rechtsverordnung. Durch diese muss für einen bestimmten Tatbestand aus der VO (EWG) 2081/92 auf die Strafvorschrift des § 144 Abs. 2 verweisen werden.

Bislang existiert jedoch nur ein Entwurf des BMJ aus dem Jahre 1996.⁸⁴⁸ Danach ist die Strafbarkeit für solche Handlungen vorgesehen, bei denen entgegen Art. 13 Abs. 1 S. 1 a) der VO (EWG) 2081/92 eine eingetragenen Bezeichnung

- a) für Erzeugnisse verwendet wird, die mit den unter dieser Bezeichnung eingetragenen Erzeugnissen vergleichbar sind, oder
- b) in der Absicht verwendet wird, das Ansehen der geschützten Bezeichnung auszunutzen.

Darüber hinaus soll bestraft werden, wer entgegen Art 13 Abs. 1 S. 1 b) der VO sich eine eingetragene Bezeichnung aneignet, sie nachahmt oder auf sie anspielt.⁸⁴⁹

Zu diesen geplanten Vorschriften ist anzumerken, dass durch Art. 13 Abs. 1 S. 1 a) der VO zunächst die identische Verwendung einer geschützten Bezeichnung geschützt wird. Zur Erfüllung des Tatbestands muss die Benutzung des Weiteren für *vergleichbare* Erzeugnisse erfolgen. Für die Zulässigkeit dieses unbestimmten Rechtsbegriffs und zur Vermeidung eines Verstoßes gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG muss sich zumindest aus dem Normzusammenhang die Tragweite und der Anwendungsbereich klar erkennen lassen. Dabei ist zur Bestimmung der Grenze der Auslegung der noch mögliche Wortsinn heranzuziehen. Danach sind Gegenstände vergleichbar, wenn Ihnen bei einer gegeneinander erfolgenden Abwägung gemeinsame Merkmale zukommen. „Vergleichbar“ kann mit den Worten „analog, entsprechend, verwandt“ gleichgesetzt werden.⁸⁵⁰ Dies wird auf jeden Fall bei solchen Erzeugnissen in Betracht kommen, die zumindest der gleichen Warengattung angehören, jedoch nicht der Spezifikation des Originalerzeugnisses entsprechen.⁸⁵¹ Zudem ist es Schutzzweck der VO, Erzeugnissen, die einen bestimmten Ursprung haben, vor der Übernahme der Kennzeichnung

⁸⁴⁸ Gemäß Entwurf des BMJ vom Juli 1996 (GEOUrSprDV).

⁸⁴⁹ Ströbele/Hacker-Ströbele, MarkenG, § 144 RN 4.

⁸⁵⁰ Duden, Wörterbuch der deutschen Sprache.

⁸⁵¹ Mikorey, Der Schutz von geographischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen, S. 110.

durch unmittelbar konkurrierende Erzeugnisse zu schützen, indem primär Schutz gegen Imitate geboten wird.⁸⁵²

Somit liegt Vergleichbarkeit jedenfalls dann vor, wenn die nicht unter die VO fallenden Erzeugnisse identisch oder nahezu identisch mit den Originalerzeugnissen sind.⁸⁵³ Ein eventuelles Tatbestandsmerkmal der „Vergleichbarkeit“ müsste jedoch – wie bei der Warenähnlichkeit – in seinem Anwendungsbereich von der Rechtsprechung konkretisiert werden und müsste bis dahin zugunsten der Täter restriktiv ausgelegt werden, um die notwendige Bestimmtheit zu gewährleisten. Gleiches gilt für die ebenfalls in ihrer Bestimmtheit problematischen Tatbestandsalternativen der Aneignung, Nachahmung oder Anspielung einer eingetragenen Bezeichnung. Während eine Aneignung oder eine Nachahmung wohl noch anhand von gemeinsamen Merkmalen der Zeichen vergleichsweise gut festgestellt werden kann, bereitet die Bestimmung der Reichweite eines „Anspielens“ auf eine eingetragene Bezeichnung erhebliche Probleme und ist nach diesseitiger Auffassung mit Art. 103 Abs. 2 GG nicht vereinbar. Denn eine Festlegung von Kriterien einer Anspielung ist in der VO nicht vorgesehen und lässt sich auch durch Auslegung nicht zweifelsfrei ermitteln. Rechtsprechung liegt ohnehin noch nicht vor. Der Täter könnte somit das Risiko einer Bestrafung nicht erkennen.

Sofern keine Vergleichbarkeit der Erzeugnisse vorliegt, kommt eine Strafbarkeit in Betracht, soweit das Zeichen in der Absicht verwendet wird, das Ansehen der geschützten Bezeichnung auszunutzen. Damit wird ein Schutz der gemeinschaftsrechtlich geschützten Bezeichnungen gegen Rufausbeutung bezweckt. Die Formulierung des Tatbestands lehnt sich an Art. 13 Abs. 1 S. 1 a) 2. Alt der VO an und fügt ihr lediglich die subjektive Absicht der Ausnutzung hinzu. Dadurch soll – gleich dem strafrechtlichen Schutz der bekannten Kennzeichnungen – dem Bestimmtheitsgebot Rechnung getragen werden. Die Bezeichnung muss ein bestimmtes „Ansehen“ besitzen, wobei hier aufgrund der Vergleichbarkeit von „Ruf“ und „Ansehen“ analog zu bekannten gHA qualitativ eine besondere Wertschätzung bzw. sonstige positive Assoziation festzustellen sind. Das Ausnutzen des Ansehens geschieht im Wege der Übertragung der Gütevorstellungen, die mit der geschützten Bezeichnung verbunden sind. Analog den Ausführungen oben B. I. 1. c) (5) und (8) sowie D. II. 1. b) sollte die im Wortlaut angelegte und durch Heranziehung der umfangreichen „Rufausbeutungs“-Rechtsprechung in ihrer Reichweite bestimmbare Vorschrift noch verfassungskonform sein.

Aktuell hat das BMJ im September 2004 hausintern einen neuen Entwurf einer Regelung dieses Themenkomplexes erarbeitet. Dieser soll nach Auskunft des zuständigen Sachbearbeiters im Referat III B. V. (Markenrecht, Produktpiraterie) bei nächster Gelegenheit – wahrscheinlich im Zusammenhang mit der Umsetzung

⁸⁵² Erwägungsgrund 4 und 6 der VO (EWG) 2081/92.

⁸⁵³ Mikorey, Der Schutz von geographischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen, S. 112.

der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums – in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht werden. Es sieht die Schaffung einer Strafvorschrift zum Schutz der gemeinschaftlich geschützten gHA. vor. Bis zur endgültigen Verabschiedung einer solchen Strafnorm ist jedoch festzuhalten, dass ein Strafschutz der gemeinschaftlich geschützten g.g.A und g.U. nicht besteht.

IV. Subjektiver Tatbestand

In subjektiver Hinsicht ist bei allen Alternativen des § 144 Vorsatz erforderlich, wobei auch bedingter Vorsatz genügt. Wer eine nicht als sicher vorhergesehene Irreführung bei der Verwendung einer zu einer gHA identischen oder ähnlichen Angabe „billigend in Kauf nimmt“ und dennoch handelt, soll genauso strafbar sein wie der planmäßig handelnde Täter, der die Irreführung genau vorausgesehen hat.⁸⁵⁴ Die strafrechtliche Bekämpfung wird dadurch in der Praxis erleichtert. In den Fällen des Abs. 1 Nr. 2 muss – parallel zu den Tatbestandsalternativen des § 143 Abs. 1 Nr. 2, 3b und Nr. 5 – die Absicht der Ausnutzung oder Beeinträchtigung des Rufs oder der Unterscheidungskraft gegeben sein. Wie bei den bekannten Marken oder geschäftlichen Bezeichnungen soll dadurch eine Bestimmtheit des Tatbestands erreicht werden.⁸⁵⁵ Gleichwohl wird aber nur eine Beschränkung erreicht, denn auch ein absichtliches Handeln erleichtert nicht die Feststellung, ob die Handlung objektiv unter ein Tatbestandsmerkmal fällt oder nicht.

V. Strafbarkeit des Versuchs, Rechtsfolgen und Sonstiges

Auch bei § 144 ist laut dessen Abs. 3 der Versuch strafbewehrt. Jedoch dürfte aufgrund des wie erläutert sehr weitgehenden Benutzungsbegriffs und der damit weit vorverlagerten Vollendung der Tat diese Alternative nur sehr selten zum Tragen kommen. Denn jedes „nach außen Bringen“ des widerrechtlich gekennzeichneten Produkts oder der gHA selbst, also die Einbringung in den geschäftlichen Verkehr, stellt bereits ein Benutzen für Waren oder Dienstleistungen dar und führt zur Vollendung des Tatbestands.

Vorbereitungshandlungen wie bspw. die Herstellung von Kennzeichnungsmitteln oder Verpackungen analog zu § 14 Abs. 4 stellen dagegen keine Benutzung der gHA für Waren und Dienstleistungen dar. Der Straftatbestand bezieht diese Formen der Benutzung auch nicht in die Strafbarkeit ein. Eine analoge Anwendung der bei Marken bestehenden Benutzungshandlungen ist im Strafrecht aufgrund

⁸⁵⁴ Zur Reform des § 4 UWG: Tilmann, Irreführende Werbeangaben und täuschende Werbung, GRUR 1975, 544 (546).

⁸⁵⁵ Amtl. Begründung zum neuen MarkenG, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, S. 120.

des Analogieverbots nicht möglich. Folglich hängt die Versuchsstrafbarkeit davon ab, ob in den Tathandlungen ein unmittelbares Ansetzen zur Tat vorliegt. Dies bestimmt sich nach den allgemeinen Regeln des §§ 22, 23 StGB. Danach kann bspw. das bloße Aufbewahren der Waren in einem der Öffentlichkeit nicht zugänglichen Lager nicht als unmittelbares Ansetzen zur Tat angesehen werden, da noch der wesentliche Zwischenschritt der Zugänglichmachung gegenüber den potentiellen Käufern erforderlich ist.⁸⁵⁶

In Bezug auf Rechtswidrigkeit und Schuld ergeben sich dagegen keine Besonderheiten, es darf folglich auf die Erläuterungen zur vorsätzlichen Kennzeichenverletzung nach § 143 verwiesen werden. Ein beachtlicher Tatbestandsirrtum kann vorliegen, wenn der Täter irrig angenommen hat, eine von ihm gemachte Angabe sei eine Beschaffenheitsangabe, während sie in Wahrheit eine gHA ist.⁸⁵⁷

Abweichend von § 143 beträgt die Strafhöhe bei Begehung der Tat nur Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe.⁸⁵⁸ Die Tat wird von Amts wegen verfolgt. Ein Strafantrag ist nicht vorgesehen, da es bei Herkunftsangaben keinen in seinen individuellen Rechten unmittelbar Verletzten gibt, der einen solchen Antrag stellen könnte.⁸⁵⁹

Neben der strafrechtlichen Verfolgung des Täters können Waren, die widerrechtlich mit geographischen Herkunftsangaben gekennzeichnet sind, nach § 151 bei der Einfuhr, Ausfuhr oder Durchfuhr (str.) beschlagnahmt werden. Eines Antrags bedarf es nicht, die Zollbehörden werden nach pflichtgemäßem Ermessen in Fällen offensichtlicher Rechtsverletzungen tätig. Die beschlagnahmten Waren werden beseitigt, ggf. eingezogen, § 151 Abs. 2 und 3.

Abschließend ist anzumerken, dass häufig zu der Verwirklichung des § 144 auch noch eine Strafbarkeit nach § 16 UWG n.F. (ehemals § 4 UWG) hinzukommt, sofern nämlich gleichzeitig mit der unwahren gHA geworben wird.⁸⁶⁰ In den anderen Fällen von irreführenden Angaben – so bei der Werbung mit Eigenschaften der Waren – bleibt es bei der reinen Anwendung der UWG-Tatbestände, die hierfür als ausreichend angesehen werden.⁸⁶¹

⁸⁵⁶ Fürmann, Der strafrechtliche Schutz geographischer Herkunftsangaben, MarkenR 2003, 381 (384).

⁸⁵⁷ Baumbach/Hefermehl, UWG, § 4 RN 10.

⁸⁵⁸ Vor Inkrafttreten des PrPG betrug der Strafraum sogar nur Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder Geldstrafe bis 180 Tagessätze.

⁸⁵⁹ Amtl. Begründung zum neuen MarkenG, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, S. 120.

⁸⁶⁰ Fezer, MarkenR, § 144 RN 1; Schultze, MarkenR, § 144 RN 1.

⁸⁶¹ Amtl. Begründung zum MarkenG, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, 7. Abs. zu 6. Teil (S. 111).

E. Bußgeldvorschriften, § 145 MarkenG

I. Allgemeines

Ergänzend zu den nunmehr drei Straftatbeständen im Markengesetz hat der Gesetzgeber bei der Schaffung des neuen Markenrechts auch die Bußgeldvorschrift des § 145 aufgenommen, welche die ordnungsrechtlichen Folgen der Benutzung bestimmter Zeichen regelt. Diese enthält zwei verschiedene Bußgeldtatbestände, sanktioniert nämlich einerseits den vorsätzlichen Missbrauch verschiedener staatlicher und amtlicher Zeichen (dazu II.) und ahndet andererseits die vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung von Auskunfts- und Mitwirkungspflichten im Zusammenhang mit dem gemeinschaftsrechtlichen Schutz von geographischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel als Ordnungswidrigkeit (dazu III.). Diese zwei verschiedenen Bußgeldbestimmungen entsprechen dabei § 27 des WZG sowie § 8 Abs. 2 des Lebensmittelspezialitätengesetzes.⁸⁶²

II. Missbrauch von staatlichen Hoheitszeichen oder Prüf- und Gewährzeichen

Die erste Alternative des § 145 sanktioniert die identische oder nachahmende Benutzung von kommunalen oder staatlichen Zeichen wie Flaggen⁸⁶³, Wappen, Hoheitszeichen⁸⁶⁴, sowie amtlichen Prüf- und Gewährzeichen zur Kennzeichnung von Waren oder Dienstleistungen im geschäftlichen Verkehr, § 145 Abs. 1 Nr. 1 und 2. Daneben ist auch die Benutzung von Bezeichnungen internationaler zwischenstaatlicher Organisationen bußgeldbewehrt, § 145 Abs. 1 Nr. 3. Diese Zeichen werden, ebenso wie die amtlichen Prüf- und Gewährzeichen, vom Bundesministerium der Justiz im Bundesanzeiger bekannt gemacht.⁸⁶⁵ Sie sind bereits nach § 8 Abs. 2 Nr. 6 bis 8 von der Eintragung ausgeschlossen, weshalb § 145 Abs. 1 dazu ergänzend die vorsätzliche Benutzung solcher Zeichen zur Kennzeichnung von Waren oder Dienstleistungen als Ordnungswidrigkeit ahndet. Vorrangiger Zweck der Vorschrift ist es, die geschäftliche Ausnutzung solcher Symbole zu Privatzwecken zu verhindern.⁸⁶⁶ Eine Kommerzialisierung von öffentlichen Zeichen liegt nicht im Allgemeininteresse.

⁸⁶² LSpG, vom 29. Oktober 1993, BGBl. I, 1814 ff.

⁸⁶³ Zum Begriff der Flagge, LG Hamburg vom 22. März 1989, GRUR 1990, 196 – BP Card.

⁸⁶⁴ Diese stellen Hinweise auf die Staatsgewalt dar, so z.B. auch Siegel, Orden, Briefmarken, Geldmünzen etc.

⁸⁶⁵ Eine Liste der bekannt gemachten Zeichen findet sich bei Fezer, MarkenR, § 8 RN 388 und 399.

⁸⁶⁶ Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, § 27 WZG, RN 1.

Der Tatbestand ist erfüllt, wenn der Täter eines der soeben genannten Zeichen im geschäftlichen Verkehr widerrechtlich benutzt. Die Benutzung muss zur Kennzeichnung von Waren oder Dienstleistungen erfolgen, es wird also ein zeichenmäßiger Gebrauch verlangt. Nach den allgemeinen Grundsätzen ausreichend ist die Benutzung in Geschäftsbriefen, in der Werbung oder im Internet. Dagegen ist eine Benutzung des Zeichens für identische oder ähnliche Waren/Dienstleistungen nicht erforderlich. Vielmehr ist die Benutzung selbst dann verboten, wenn das Zeichen für einen völlig anderen Anwendungsbereich verwendet wird.⁸⁶⁷

§ 145 Abs. 1 erfasst nicht nur die Benutzung identischer, sondern nunmehr auch „nachgeahmter“ Zeichen.⁸⁶⁸ Mit dieser Einbeziehung der nachgeahmten Zeichen wird der Regelung des Art. 6^{ter} Abs. 1 lit. a) PVÜ Rechnung getragen, nach der der Gebrauch der oben genannten Zeichen sowie jeder Nachahmung durch geeignete Maßnahmen zu verbieten ist. Nachgeahmt sind Hoheitszeichen etc. wenn sie nach Eindruck eines nicht nur unwesentlichen Teils des angesprochenen Verkehrs das echte Hoheitszeichen darstellen.⁸⁶⁹ Dabei sollen jedoch nicht die Begriffe der Ähnlichkeit oder der Verwechslungsgefahr gelten, da sie über das engere Schutzbedürfnis dieser besonderen Zeichen hinausreichen.⁸⁷⁰ Der Begriff knüpft vielmehr an den in Art. 6^{ter} Abs. 1 a) PVÜ enthaltenen Begriff der Nachahmung im heraldischen Sinn an. Diese liegt dann vor, wenn trotz der Abwandlung des Hoheitszeichens etc. es den Charakter einer Wappendarstellung aufweist und im Verkehr als ein staatliches Zeichen oder kommunales Wappen aufgefasst wird.⁸⁷¹ Hier ist wesentlich, dass gerade bei heraldischen Elementen die bloße Übernahme nur eines Teils des Wappens in der Regel keine Nachahmung begründet, da der Verkehr darin keinen Hinweis auf das Hoheitszeichen sieht.⁸⁷² Die Auslegung ist restriktiver als bei der Bewertung der Zeichenähnlichkeit.

Der Tatbestand der Ordnungswidrigkeit und ggf. die Zeichennachahmung ist von der Verwaltungsbehörde – § 47 OWiG – festzustellen, wobei bei der Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs der Nachahmung möglicherweise ein Eingriff in das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2, § 3 OWiG vorliegt. Denn die Nachahmung – die im Gegensatz zur Zeichenähnlichkeit nicht zu den Kernelementen des Kennzeichenrechts gehört – lässt auf den ersten Blick eine sehr weite

⁸⁶⁷ Z.B. Posthorn für Sensen, BPatG vom 11. Juni 1980, Mitt. 1981, 122.

⁸⁶⁸ Für Letzteres bestand in § 27 WZG aufgrund der Regelung der Verwechslungsgefahr in § 31 WZG – welche auch Hoheitszeichen etc. einschloss – kein Bedürfnis; vgl. amtl. Begründung, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, S. 120.

⁸⁶⁹ Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 8 RN 626.

⁸⁷⁰ Amtl. Begründung, Bl. für PMZ 1994, Sonderheft, S. 65.

⁸⁷¹ Fezer, MarkenR, § 8 RN 371.

⁸⁷² Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 8 RN 311.

Auslegung zu. Wie bei den Strafvorschriften des MarkenG bereits erläutert ist aber die Verwendung solcher unbestimmter Rechtsbegriffe grundsätzlich zulässig, ja sogar notwendig, um alle strafwürdigen Handlungen zu erfassen. Der Gesetzgeber muss lediglich in der Norm die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich zu erkennen ist und sich durch Auslegung ermitteln lassen. Insofern gilt im Ordnungswidrigkeitenrecht nichts anderes als im materiellen Strafrecht; § 3 OWiG entspricht sachlich § 1 StGB.⁸⁷³ Hinzu kommt, dass gerade bei Bußgeldtatbeständen das Bestimmtheitsgebot wegen der gegenüber dem Kriminalstrafrecht weniger einschneidenden Unrechtsfolgen nicht überstrapaziert werden soll.⁸⁷⁴

Durch die vorzunehmende Auslegung der Nachahmung im heraldischen Sinne, die enger ist als der Begriff der Zeichenähnlichkeit, kann das Vorliegen einer Nachahmung eines Hoheitszeichens anhand der bereits zu § 27 WZG – im Jahre 1936 neu eingeführt – ergangenen Grundsätze der Umfang der erlaubten Tätigkeit hinreichend sicher bestimmt werden. Es muss vergleichbar den Grundsätzen des Kennzeichenrechts der Gesamteindruck der Zeichen verglichen werden. Sofern erkennbar keine „Nachahmung“ des Hoheitszeichens als das gemäß der Definition des Brockhaus „möglichst genaue Kopieren einer Sache“⁸⁷⁵ mehr vorliegt, sondern bspw. nur eine Anlehnung oder eine teilweise Übernahme eines Hoheitszeichens vorliegt, ist der Tatbestand nicht erfüllt und es kann kein Bußgeld verhängt werden.

Ein weiterer Schutz des ordnungswidrig Handelnden wird dadurch bewirkt, dass die Einschätzung der Verwaltungsbehörde durch Einspruch und Verhandlung vor dem Amtsgericht überprüfbar ist. Schließlich ist die angedrohte Geldbuße bis zu maximal EUR 2.500,00 ein vergleichsweise geringer Eingriff in die Freiheitsrechte des Betroffenen und charakterisiert damit den Tatbestand als leichtes Unrecht. Hieraus ergeben sich etwas niedrigere Anforderungen an die Bestimmtheit. Insgesamt betrachtet stellt sich § 145 Abs. 1 als hinreichend bestimmt dar, weshalb kein Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG, § 3 OWiG vorliegt.

In subjektiver Hinsicht müssen die Verletzungshandlungen im Falle des § 145 Abs. 1 vorsätzlich begangen sein, wobei bedingter Vorsatz ausreicht. Am Vorsatz kann es fehlen, wenn dem Täter die Eigenschaft des von ihm benutzten Zeichens als Hoheitszeichen nicht bekannt ist.⁸⁷⁶ In diesen Fällen kann ein Tatbestandsirrtum nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB vorliegen.

⁸⁷³ Rebmann/Roth/Hermann, OWiG, § 3 RN 1, 4 ff., m.w.N. zur Rechtsprechung des BVerfG.

⁸⁷⁴ Göhler, OWiG, § 3 RN 5.

⁸⁷⁵ Brockhaus, Die Enzyklopädie in 24 Bänden.

⁸⁷⁶ Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 145 RN 6.

Fahrlässiges Verhalten kann gemäß § 10 OWiG nicht als Ordnungswidrigkeit sanktioniert werden, sofern dies nicht besonders – wie in § 145 Abs. 2 – angeordnet ist. Schließlich liegt eine widerrechtliche Benutzung immer dann vor, wenn diese ohne Genehmigung der zuständigen in- oder ausländischen Behörde erfolgt.⁸⁷⁷

Aufgrund des Verweises in § 145 Abs. 4 auf § 144 Abs. 4 muss die Verwaltungsbehörde neben der Verhängung eines Bußgelds von Amts wegen die Beseitigung der widerrechtlichen Kennzeichnungen auf den Gegenständen anordnen. Sofern dies nicht möglich ist, sind die Gegenstände zu vernichten.

III. Pflichtverletzung im Rahmen des gemeinschaftsrechtlichen Schutzes von Herkunftsangaben

Zur Kontrolle der Produktion von Unternehmen, welche die im Rahmen des § 144 erörterten gemeinschaftsrechtlich geschützten geographische Angaben oder Ursprungsbezeichnungen verwenden, wurden im neuen Markengesetz die nach der VO (EWG) Nr. 2081/92 erforderlichen behördliche Überwachungs- und Prüfungsbefugnisse verankert, § 134 Abs. 1 und 2. Spiegelbildlich zu diesen Befugnissen sind die Betriebsinhaber und –leiter verpflichtet, behördliche Besichtigungen zu gestatten und hierbei die erforderliche Hilfe zu leisten, § 134 Abs. 3. Um die Einhaltung dieser Mitwirkungspflichten ordnungsrechtlich durchzusetzen, wurden die Bußgeldtatbestände des § 145 Abs. 2 Nr. 1 und 2 in das neue Markengesetz aufgenommen. Darüber hinaus kann aktiver Widerstand bei der Kontrolle nach § 113 StGB strafbar sein.⁸⁷⁸

Bußgeldbewehrt ist die vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung der gesetzlichen Mitwirkungs-, Auskunfts- und Duldungspflichten. Die einzelnen Tathandlungen werden enumerativ in § 145 Abs. 2 Nr. 1 a) – f) dargestellt. Danach handelt ordnungswidrig, wer entgegen § 134 Abs. 3 oder 4

- das Betreten von Geschäftsräumen, Grundstücken, Verkaufseinrichtungen oder Transportmitteln oder deren Besichtigung nicht gestattet, § 145 Abs. 2 Nr. 1 a);
- die zu besichtigenden Agrarerzeugnisse oder Lebensmittel nicht so darlegt, dass eine Besichtigung vorgenommen werden kann, § 145 Abs. 2 Nr. 1 b);
- die erforderliche Hilfe bei der Besichtigung nicht leistet oder Proben nicht entnehmen lässt, § 145 Abs. 2 Nr. 1 c) und d);
- geschäftliche Unterlagen nicht oder nicht vollständig vorlegt oder nicht prüfen lässt, § 145 Abs. 2 Nr. 1 e); sowie

⁸⁷⁷ Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 8 RN 629.

⁸⁷⁸ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 134 RN 7.

- eine Auskunft nicht, nicht richtig oder nicht vollständig erteilt, § 145 Abs. 2 Nr. 1 f).

Durch diese umfassenden Verpflichtungen sollen die Durchsetzung der Überwachungsmaßnahmen des § 134 und die Einhaltung der Art der Kennzeichnung der Produkte sowie deren Qualität gesichert werden. Bezweckt wird auch eine Verhinderung der unbefugten Verwendung geschützter geographischer Herkunftsangaben durch Nichtberechtigte. Die Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale bereitet aufgrund der recht genauen und weitestgehend am normalen Sprachgebrauch orientierten Beschreibung der einzelnen Tathandlungen keine größeren Probleme. Konkret werden Verkaufseinrichtungen als – im Gegensatz zu Geschäftsräumen – nicht ortsfeste Verkaufsstellen (Wagen, Stände, Zelte) angesehen. Des Weiteren bedeutet „darlegen“ iSv § 145 Abs. 2 Nr. 1 b) das Präsentieren oder Vorlegen der Waren gegenüber den prüfberechtigten Personen.⁸⁷⁹

Problematisch dürfte lediglich die Bestimmung der nach § 145 Abs. 2 Nr. 1 c) bei der Besichtigung der Geschäftsräume etc. zu leistenden „erforderlichen Hilfe“ sein. Diese Tatbestandsalternative wird zur Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes restriktiv auszulegen sein. Eine Hilfe bei der Besichtigung ist nur dann erforderlich, wenn die Besichtigung ansonsten nicht vorgenommen werden kann. Dies sollte die Ermöglichung des Zugangs zu den Räumen sowie die Beseitigung etwaiger Hindernisse umfassen. Insofern ist diese Alternative immer im Zusammenhang mit den anderen Pflichten des § 145 Abs. 2 bzw. des in Bezug genommenen § 134 Abs. 3 zu sehen. Kleinere Behinderungen bei der Durchführung der Überwachung und Kontrolle sollten nicht unmittelbar ein Bußgeld nach sich ziehen. Eingeschränkt werden die Mitwirkungspflichten durch das nach § 134 Abs. 5 bestehende Auskunftsverweigerungsrecht für solche Personen, die sich oder Angehörige der Gefahr der strafrechtlichen Verfolgung aussetzen. Gegen diese kann folglich kein Bußgeld wegen Nichterteilung von Auskunft, wohl aber bspw. wegen Verweigerung des Zutritts, verhängt werden.

§ 145 Abs. 2 Nr. 2 enthält schließlich eine Blankettvorschrift zur Bußgeldbewehrung von Verstößen gegen eine auf Grundlage des § 139 Abs. 1 erlassene Rechtsverordnung zur Regelung weiterer Einzelheiten zum Schutz der geographischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen nach der VO (EGW) Nr. 2081/92, soweit diese für einen bestimmten Tatbestand auf die Bußgeldvorschrift verweist. Durch diese Bezugnahme auf eine künftige Rechtsverordnung soll eine Änderung des Gesetzes nach dem Erlass oder der Änderungen der gemeinschaftsrechtlichen Durchführungsvorschriften vermieden werden. Eine solche Verordnung ist bislang nicht ergangen.

⁸⁷⁹ Ströbele/Hacker-Hacker, § 145 RN 10.

Aufgrund der von falsch gekennzeichneten oder mit Qualitätsmängeln versehenen Lebensmitteln und Agrarerzeugnissen potentiell ausgehenden Gesundheitsgefahr können die Ordnungswidrigkeiten des Abs. 2 mit einer im Gegensatz zu Abs. 1 viermal höheren Geldbuße von bis zu EUR 10.000,00 belegt werden.

F. Ergebnis

Nach Untersuchung der markenrechtlichen Straftatbestände bleibt festzuhalten, dass Marken, geschäftliche Bezeichnungen und geographische Herkunftsangaben sehr umfassend gegen nahezu jede Art von vorsätzlichen Verletzungshandlungen geschützt sind. Aufgrund der Einbeziehung zahlreicher ehemals als Vorbereitung zur Tat angesehener Handlungen bleiben gerade bei den besonders von Nachahmung betroffenen Marken allenfalls unbedeutende Lücken. Dagegen hat der Gesetzgeber bei geschäftlichen Bezeichnungen und Herkunftsangaben entsprechende Vorbereitungshandlungen nicht explizit unter Strafe gestellt. Gleichwohl besteht auch bei der Verletzung dieser Zeichen eine Versuchsstrafbarkeit.

Vielmehr besteht aufgrund der umfassenden Bezugnahme in den §§ 143, 143a und 144 auf die §§ 14, 15 und 127 das Problem, dass bei der Bewertung der Strafbarkeit eines Zeichenverletzers alle sich im Zivilrecht stellenden Probleme des Markenrechts relevant werden können. Wenn dies auch im „Normalfall“ einer absichtlichen Nachahmung der Kennzeichnung einer Markenware für gleiche oder hochgradig ähnliche Waren keine Probleme bereitet, erfassen die Strafvorschriften aber auch jene Fälle, in denen Konkurrenten bedingt vorsätzlich gerade noch verwechselbar ähnliche Kennzeichen verwenden oder sich zwar absichtlich, aber nicht unbedingt in krimineller Weise den Ruf eines bekannten Zeichens zunutze machen wollen.

Ungeachtet der rechtspolitischen Bewertung dieser Vermischung von professionellen Markenfälschern und „normalen“ Zeichenverletzern ist als Ergebnis dieses Kapitels festzuhalten, dass die Straftatbestände der §§ 143 ff. trotz ihrer zunächst als sehr weit und wenig greifbar empfundenen Fassung weitestgehend den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Bestimmtheitsgebots nach Art. 103 Abs. 2 GG, §§ 1 StGB, 3 OWiG genügen. Der Versuch, alle zivilrechtlich sanktionierten Verletzungshandlungen im Falle des vorsätzlichen bzw. absichtlichen Handelns auch strafzubewehren, ist zumindest in verfassungsrechtlicher Hinsicht bis auf eine Ausnahme geglückt.

Ausgehend von der Notwendigkeit einer kennzeichenmäßigen Benutzung besteht Strafschutz zunächst bei der vorsätzlichen Verwendung eines zu einer Marke oder geschäftlichen Bezeichnung identischen oder ähnlichen Zeichens für identische oder ähnliche Waren oder Dienstleistungen bzw. bei der Benutzung innerhalb des Bereichs der Branchenähnlichkeit. Die dabei notwendige Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen wie die Verwechslungsgefahr und deren einzelnen Fak-

toren bereitet aufgrund der zentralen Stellung dieser Elemente im Kennzeichenrecht, der langjährigen Rechtsprechungspraxis zu den einzelnen Fallgruppen und der schon im Wortlaut intendierten und dem Verkehr auch ersichtlichen Bedeutung keine Schwierigkeiten. Auch die Einbeziehung der gedanklichen Verbindung in die Bestimmung der Verwechslungsgefahr erweitert dabei nicht die Strafbarkeit, sondern wird spätestens nach der Klärung durch den EuGH nur als ein Merkmal der Umfangsbestimmung angesehen. Sofern es zur Strafverfolgung von umstrittenen Randfällen der Verwechslungsgefahr kommt, ist ggf. eine verfassungskonforme Auslegung des Tatbestandsmerkmals vorzunehmen, wobei die Grenze der Auslegung stets der noch mögliche Wortsinn sein muss und keine Analogien zu Lasten des Täters zulässig sind.

Aus diesem Grund ist auch der erweiterte Schutz von bekannten Marken und geschäftlichen Bezeichnungen im Strafrecht nur außerhalb des Bereichs der Waren-/Dienstleistungsähnlichkeit möglich. In diesen Fällen ist die Bekanntheit im Rahmen des § 143 Abs. 1 Nr. 2, 3b und 5 anhand von qualitativen Faktoren durch das Gericht oder mit Hilfe eines Sachverständigengutachtens ermittelbar. Bei der alsdann festzustellenden Beeinträchtigung der Rechtsposition des Inhabers der bekannten Kennzeichnung ist eine hinreichende Bestimmtheit jedoch nur bei den Tatbestandsalternativen der Beeinträchtigung oder der Ausnutzung der Wertschätzung gegeben. Die Bedeutung dieser seit langem existierenden und vom Gesetzgeber nunmehr in den in §§ 14 Abs. 2 Nr. 3, 15 Abs. 3 kodifizierten Rufschädigungs- und Rufausbeutungstatbeständen ist zunächst schon im Wortlaut angelegt. Aus diesem kann der Täter erkennen, dass einerseits die Übertragung negativer Vorstellungen auf die Kennzeichnung (Beeinträchtigung der Wertschätzung) sowie andererseits ein Imagetransfer (Ausnutzung der Wertschätzung) stattfinden müssen. Genauer Inhalt und insbesondere die Grenzen dieser Fallgruppen können durch eine umfangreiche, stringente und langjährige Rechtsprechung bestimmt werden. Der Rechtsgehalt dieser Tatbestände hat sich somit hinreichend breit entfaltet. Ein ganz besonders ausgeprägtes Einzelfallrecht besteht nicht, so dass die Gefahr einer willkürlichen Entscheidung des Strafrichters nicht zu befürchten ist. Dagegen ist bei den Fallgruppen der Ausnutzung oder der Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft von Marken oder geschäftlichen Bezeichnungen kein abgrenzbarer Anwendungsbereich erkennbar. Schon nach dem Wortlaut wird die Unterscheidungskraft einer Kennzeichnung durch jede Drittbenutzung eines hinreichend ähnlichen Zeichens berührt, was jedoch nicht die Intention des Gesetzgebers widerspiegelt. Hinzu kommt die bislang uneinheitliche Beurteilung und Abgrenzung dieser Tatbestandsalternativen durch die Lehre. Des Weiteren sind auch den einschlägigen Entscheidungen der Gerichte keine Kriterien zu entnehmen, an denen sich das Vorliegen einer strafbaren Kennzeichenverwässerung (Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft) oder einer Aufmerksamkeitsausbeutung (Ausnutzung der Unterscheidungskraft) festmachen ließe. Die Feststellung

einer Verwässerung oder einer Aufmerksamkeitsausbeutung wurde bislang meist pauschal und lediglich ergänzend zu den Rufbeeinträchtigungsalternativen bejaht. Aber auch die vom BGH und anderen Obergerichten im Zivilrecht vorgenommene Schutzbereichsbeschränkung durch das Erfordernis einer „greifbaren“ Beeinträchtigung des bekannten Zeichens ist nicht geeignet, den üblichen Anwendungsbereich der Tatbestände festzulegen. Da schließlich aufgrund der Neuorientierung des ursprünglich zu berühmten Marken entwickelten Schutzes gegen Verwässerung bei Alleinstellung nur sehr eingeschränkt auf die bestehende Rechtsprechung zurückgegriffen werden kann, lässt sich die Reichweite dieser Tatbestandsalternativen nicht zweifelsfrei feststellen. Hieran ändert auch das Erfordernis der Handlung in unlauterer Weise bzw. die notwendige absichtliche Begehung nichts, da sie zwar den Anwendungsbereich der Vorschriften einengen, jedoch keine weitere Präzisierung des objektiven Tatbestands herbeiführen.

Im Ergebnis können die §§ 143 Abs. 1 Nr. 2, 3b und 5 nur insoweit Grundlage der strafrechtlichen Sanktionierung einer Tat sein, als zumindest eine Beeinträchtigung der Wertschätzung der Marke oder der geschäftlichen Bezeichnung festgestellt werden kann. Die beiden anderen Alternativen können bei deren alleinigen Vorliegen aufgrund der mangelnden Bestimmtheit zu einer Verurteilung nicht herangezogen werden. Entsprechendes gilt für die strafbare Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft einer gHA in § 144 Abs. 1 Nr. 2. Auch hier kann der Täter nur bei gleichzeitigem Vorliegen einer Rufausnutzung oder -beeinträchtigung belangt werden.

Alle weiteren Tatbestandalternativen der §§ 143 ff., insbesondere die Qualifikation der gewerbsmäßigen Handlungsweise in § 143 Abs. 2, die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen in § 143 Abs. 1 Nr. 3, die Versuchsstrafbarkeiten in §§ 143 Abs. 3, 143a Abs. 2 i.V.m. 143 Abs. 3 sowie 144 Abs. 3, die Einbeziehung des besonderen Schutzes von gHA nach einer VO gem. § 137 sowie der geplante Schutz der gemeinschaftsrechtlichen gHA in § 144 sind in verfassungsrechtlicher Hinsicht ebenso zulässig wie die Bußgeldvorschrift des § 145. Bei letzterer ist jedoch die in § 145 Abs. 2 Nr. 1 c) aufgeführte Alternative des „Leistens der erforderlichen Hilfe“ im Rahmen der behördlichen Besichtigung von Geschäftsräumen etc. auf Handlungen zu beschränken, die in unmittelbarem Zusammenhang mit den anderen Duldungs- und Mitwirkungspflichten des § 134 stehen.

2. Teil: Strafrechtlicher Schutz nach dem StGB sowie sonstigen Gesetzen

A. Allgemeines

Markenverletzungen treffen sehr häufig mit der Verletzung anderer Delikte zusammen, sind nämlich vielfach in ein Geflecht anderer Straftaten eingebettet.⁸⁸⁰ In der Vergangenheit war es aufgrund der geringeren Strafdrohung der Strafvorschriften des WZG von besonderem Interesse, ob durch eine Kennzeichenverletzung auch Tatbestände des allgemeinen Strafrechts verwirklicht waren.⁸⁸¹ Diese Bedeutung ging mit dem Inkrafttreten des Produktpirateriegesetzes im Jahre 1990 weitgehend verloren, da nunmehr auch die Tatbestände des Kennzeichenrechts einen hinreichenden Spielraum zur Verhängung höherer Strafen bieten.

In der Praxis orientieren sich die Staatsanwaltschaften aber nach wie vor häufig an den „bekannteren“ Delikten des Kernstrafrechts. In Betracht kommt hier vor allem der Betrug beim Verkauf von markenverletzenden Waren an einen über die Echtheit der Ware getäuschten Käufer.⁸⁸² Ausschließlich eine Verletzung der § 143 ff. MarkenG liegt dagegen in den Fällen vor, in denen der Erwerber erkennt, dass es sich um eine Fälschung handelt und das Produkt gleichwohl aufgrund seines günstigen Preises erwirbt. Ein Betrug scheidet in diesen Fällen mangels Täuschung aus, zumal auch der Käufer die Rechtsmängel in Kauf nimmt. Für eine Markenverletzung ist hingegen keine Täuschung erforderlich.⁸⁸³

Daneben können – je nach Fallkonstellation – auch Untreue, Unterschlagung, Begünstigung, Strafreitelung sowie möglicherweise Hehlerei (str.) als Straftatbestände des Kernstrafrechts einschlägig sein. Das widerrechtliche Versehen einer Ware mit einer fremden Kennzeichnung stellt jedoch als solche keine Urkundenfälschung nach § 267 StGB dar.⁸⁸⁴ Auch der BGH hat den Tatbestand der Urkundenfälschung beim widerrechtlichen Anbringen der Marke „FABER CASTELL“ auf Bleistiften abgelehnt.⁸⁸⁵ Er hat jedoch klargestellt, dass es auch Fälle geben kann, in denen eine Markenverletzung und eine Urkundenfälschung in Tateinheit vorliegen können. Dies ist nach Fezer dann der Fall, wenn außer der

⁸⁸⁰ Cremer, Die Bekämpfung der Produktpiraterie, Mitt. 1992, 153 (160).

⁸⁸¹ Wölfel, Rechtsfolgen von Markenverletzungen, 3. Kapitel, A. II. (S. 135).

⁸⁸² Ein Betrug soll laut Fezer, MarkenR, § 143 RN 44, zumeist in den Fällen der Markenpiraterie vorliegen.

⁸⁸³ Laut Wabnitz/Janovsky-Möller, Wirtschaftsstrafrecht, 15. Kapitel, III. 3. RN 23 (S. 965) wird dies immer noch häufig verkannt.

⁸⁸⁴ RG vom 17. November 1902, RGSt 36, 15.

⁸⁸⁵ BGH vom 27. Mai 1952, BGHSt 2, 370 – Faber Castell.

Marke noch andere Erklärungen auf der Ware angebracht werden, denen Urkundeneigenschaft zukommt, wie z.B. Kontroll- oder Chargennummern.⁸⁸⁶

Schließlich ist auch die strafrechtliche Verfolgung von Markenverletzern wegen Bildung einer kriminellen Vereinigung nach § 129 StGB möglich. Sofern sich Kennzeichenverletzer über einen gewissen Zeitraum organisatorisch zusammenschließen, um bspw. Markenwaren im Ausland herzustellen, sie anschließend zu importieren und schließlich gezielt in den Verkehr zu bringen, kann grundsätzlich von einer kriminellen Vereinigung ausgegangen werden. Problematisch könnte nur die vom BGH geforderte Voraussetzung sein, wonach von den verfolgten Straftaten eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit ausgehen muss.⁸⁸⁷

Dies ist bei gefälschten Konsumgütern wie bspw. Bekleidungsstücken fraglich. Sofern es sich jedoch um Fälscherringe zum Verkauf von Arzneimitteln oder Ersatzteilen für Beförderungsmittel handelt, ist die Anwendung des § 129 StGB nach diesseitigem Dafürhalten keinesfalls unverhältnismäßig. Die praktische Bedeutung der Vorschrift ist indes sehr gering, im Jahre 2001 erfolgte ausweislich der Strafverfolgungsstatistik lediglich in neun Verfahren eine Verurteilung.⁸⁸⁸

Der Maxime dieser Arbeit folgend, nämlich der Konzentration auf die Strafvorschriften des gewerblichen Rechtsschutzes, wird im Folgenden auf die Erörterung der kernstrafrechtlichen Normen verzichtet. Für weitere Erläuterungen zur Anwendung und zur Relevanz dieser Tatbestände in Bezug auf Kennzeichenverletzungen soll auf die Ausführungen in den Arbeiten von Wölfel⁸⁸⁹, Braun⁸⁹⁰ und v. Gravenreuth⁸⁹¹ sowie die Anmerkungen von Holler⁸⁹² verwiesen werden. Zwar wurden die ersten drei Arbeiten noch unter Geltung des Warenzeichengesetzes verfasst, dies spielt jedoch in diesem Zusammenhang keine Rolle. Eine nochmalige Erörterung dieser Tatbestände würde keine wesentlichen neuen Gesichtspunkte ergeben. Nachfolgend soll gleichwohl noch die Strafbarkeit von Markenverletzungen nach anderen Gesetzen im Bereich des geistigen Eigentums sowie nach der Abgabenordnung kommentiert werden, die sachnäher zu den markenstrafrechtlichen Vorschriften stehen.

⁸⁸⁶ Fezer, MarkenR, § 143 RN 44.

⁸⁸⁷ BGH vom 22. Februar 1995, BGHSt 41, 47; für das Urheberrecht.

⁸⁸⁸ Strafverfolgungsstatistik 2001, 2.1.

⁸⁸⁹ Wölfel, Rechtsfolgen von Markenverletzungen, 3. Kapitel II. 1. bis 4. (S. 135 bis 142).

⁸⁹⁰ Braun, Produktpiraterie, 2. Kapitel, B. (S. 166 bis 188).

⁸⁹¹ V. Gravenreuth, Das Plagiat aus strafrechtlicher Sicht, B. I. 1. bis 14. (S. 65 bis 114).

⁸⁹² Harte-Bavendamm-Holler, Handbuch der Markenpiraterie, 3. Kapitel Abschnitt 4. C. bis H. (S. 140 bis 148).

B. Strafbarkeit nach anderen Gesetzen zum Schutz des geistigen Eigentums

I. Strafbarkeit nach § 16 Abs. 1 UWG

1. Allgemeines, objektiver Tatbestand

Das Bundeskabinett hat am 7. Mai 2003 den Entwurf einer Neufassung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) beschlossen. Nach Inkrafttreten des neuen Gesetzes durch Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt am 8. Juli 2004⁸⁹³ wird der ehemals in § 4 UWG geregelte Tatbestand der strafbaren Werbung nunmehr in § 16 Abs. 1 UWG festgeschrieben. Dabei werden die vormals getrennt kodifizierten Bereiche der unwahren Werbung und der progressiven Kundenwerbung in einer Norm zusammengefasst, allerdings getrennt in zwei Absätzen.

Der im Falle von Kennzeichenverletzungen allein in Frage kommende § 16 Abs. 1 UWG greift grundsätzlich den Regelungsgehalt des ehemaligen § 4 UWG auf. Verlangt wird das Vorliegen einer irreführenden Werbung nach § 5 UWG, wobei entsprechend der bisherigen Rechtslage die Veröffentlichung der Werbung dergestalt erfolgen muss, dass sie einem größeren Personenkreis zugänglich ist.⁸⁹⁴

Angaben sind zunächst sämtliche Aussagen des Werbenden, die zum Zweck der Kundengewinnung abgegeben werden. Sie müssen einen objektiv nachprüfaren Gehalt aufweisen, wie schon das weitere Tatbestandsmerkmal der „Unwahrheit“ zeigt. Reine Werturteile scheiden aus.⁸⁹⁵ Zur Ermittlung der Unwahrheit der Angabe muss zunächst ermittelt werden, wie die angesprochenen Verbraucher die betreffende Werbeaussage verstehen.⁸⁹⁶ Sofern das so ermittelte Verkehrsverständnis vom tatsächlichen Bedeutungsgehalt abweicht, liegt eine unwahre Aussage vor.⁸⁹⁷ Wird lediglich ein falscher Eindruck vermittelt, aber dennoch eine wahre Angabe gemacht, kann dies keine Strafbarkeit begründen.⁸⁹⁸

Nach § 4 UWG a.F. mussten die Angaben – ausweislich des eindeutigen – objektiv unwahr und zudem geeignet zur Irreführung sein. Dieser klare Wortlaut verdeutlichte den doppelten Maßstab der Strafvorschrift, die eine Einschränkung der

⁸⁹³ BGBl. I Nr. 32, S. 1414 ff.

⁸⁹⁴ Begründung zum Gesetzesentwurf, BT-Ds 15/1487, zu § 16 (S. 26).

⁸⁹⁵ Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 3 RN 12, § 4 RN 7.

⁸⁹⁶ BGH vom 20. Dezember 2001, GRUR 2002, 715 (716).

⁸⁹⁷ Alexander, Die strafbare Werbung in der UWG-Reform, WRP 2004, 407 (415).

⁸⁹⁸ Klug, Zur Strafbarkeit irreführender Werbeangaben, GRUR 1975, 217 (219) – zu § 4 UWG a.F.

Strafbarkeit im Vergleich zu § 3 UWG gewährleisten sollte.⁸⁹⁹ Die neue Vorschrift enthält dieses Merkmal so nicht mehr, sondern setzt stattdessen voraus, dass der Täter „durch die unwahren Angaben irreführend wirbt.“ Auch damit soll jedoch kein kausal herbeigeführter Irreführungserfolg gemeint sein, es genügt wie bislang die bloße Möglichkeit der Irreführung.⁹⁰⁰ Die Beurteilung der Irreführung erfolgt unter Rückgriff auf die in § 5 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 UWG enthaltenen Regelbeispiele. Damit wird das notwendige Maß an Bestimmtheit sichergestellt. In Bezug auf die Anwendbarkeit des § 16 Abs. 1 UWG im Falle von Kennzeichenverletzungen ist wesentlich, dass zunächst Angaben über die Beschaffenheit von Waren vom Tatbestand erfasst werden, § 5 Abs. 2 Nr. 1 UWG. Eine Strafverfolgung kann immer dann erfolgen, wenn die markenverletzenden – und so beworbenen – Produkte in der Qualität (=Beschaffenheit) von den Originalwaren abweichen. Dies ist zumindest in den Fällen von Produktpiraterie der Fall, so dass Braun zu folgen ist, der schon in dem UWG-Straftatbestand des § 4 UWG a.F. einen tauglichen Anhaltspunkt für ein Vorgehen gegen Kennzeichenverletzer sah.⁹⁰¹

Dagegen reichte eine reine Irreführung über die betriebliche Herkunft einer Ware – bei vergleichbarer Qualität – bei § 4 UWG a.F. nicht aus. Das Kennzeichenrecht sah in diesen Fällen nur einen Individualschutz nach dem Markengesetz vor.⁹⁰² Es wurde davon ausgegangen, dass der reine Hinweis auf einen bestimmten Hersteller nur dann als Herausstellung eines besonderen Vorzugs der Waren anzusehen war, wenn das vom Originalhersteller angebotene Produkt besondere Eigenschaften aufwies. Dies konnte nur bei besonders erfolgreichen und bekannten Markenprodukten der Fall sein.⁹⁰³ Nach dem neuen UWG können nunmehr auch explizit unwahre Angaben über die betriebliche oder geographische Herkunft der Waren oder Dienstleistungen eine Irreführung darstellen, § 5 Abs. 2 Nr. 1 UWG. Schließlich werden durch § 5 Abs. 2 Nr. 3 UWG aber auch Angaben über die geistigen Eigentumsrechte – z. B. Verwendung des „R im Kreis“ – des Werbenden in den Schutzbereich einbezogen. Dies erweitert den Anwendungsbereich der Vorschrift im Falle von Markenverletzungen deutlich und sollte bei Ermittlungsverfahren entsprechend berücksichtigt werden.

Dagegen wird der Anwendungsbereich des § 16 UWG wieder etwas relativiert durch die Tatsache, dass die unwahren Angaben – im Gegensatz zu § 5 UWG – in „öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, die für einen größeren Personenkreis bestimmt sind“, gemacht werden müssen. Daher reichen Aussagen

⁸⁹⁹ Grebing, Strafrecht und unlauterer Wettbewerb – zur Reform des § 4 UWG, Wistra 1982, 83 (86).

⁹⁰⁰ Alexander, Die strafbare Werbung in der UWG-Reform, WRP 2004, 407 (415).

⁹⁰¹ Braun, Produktpiraterie, Kapitel 2, III. 8. a) (S. 161).

⁹⁰² Baumbach/Hefermehl, UWG, § 3 RN 261.

⁹⁰³ Braun, Produktpiraterie, Kapitel 2, III. 8. a) (S. 162).

gegenüber einem einzelnen Käufer nicht zur Strafverfolgung aus. Das Anbieten in sonstigen Werbemitteln wie Prospekten, Flugblättern etc. erfüllt diese Voraussetzungen aber zweifellos. Professionelle Markenverletzer werden allerdings normalerweise den Verkauf ihrer Waren nicht groß werblich herausstellen. Von sicherlich größerer Relevanz ist daher eher das Bewerben der kennzeichenverletzenden Waren auf Online-Handelsplattformen wie „ebay“. Die dort vorgenommene Produktbeschreibung richtet sich zweifellos an einen größeren Personenkreis, so dass § 16 UWG hier zur Anwendung gelangen kann.

2. *Subjektiver Tatbestand, Sonstiges*

In subjektiver Hinsicht verlangt § 16 UWG vorsätzliches Handeln bei der Tatbestandsverwirklichung. Das noch in § 4 UWG a.F. einbezogene Merkmal der „Wissentlichkeit“ und die sich daraus ergebende Diskussion um die Einbeziehung des bedingten Vorsatzes wurde in § 16 Abs. 1 UWG vom Gesetzgeber gestrichen. Folglich reicht bedingter Vorsatz aus, wobei aber im Falle der Werbung mit kennzeichenverletzenden Waren erforderlich ist, dass dem Täter die Verwechslungsfähigkeit ähnlicher Zeichen bewusst gewesen sein muss.⁹⁰⁴

Zusätzlich muss der Täter in der Absicht handeln, irgendeinen Vorzug des Produkts herauszustellen, um nämlich den Anschein eines besonders günstigen Angebots zu erwecken. Die Vorteilhaftigkeit muss sich aus der Ware selbst ergeben, die Täuschung über sonstige Erwerbsmotive wird von § 16 Abs. 1 UWG nicht sanktioniert.⁹⁰⁵ Die Abgabe von gefälschten Waren zu einem besonders günstigen Preis erweckt vielfach diesen Anschein und erfolgt in der entsprechenden Absicht.⁹⁰⁶ Sofern sich jedoch aus der Kennzeichenverletzung nicht die Absicht des Täters ergibt, einen besonderen Vorzug der Waren herauszustellen, hat sein Verhalten nicht den Zweck, die angebotene Leistung als wegen ihrer besonderen Eigenschaften günstig zum Erwerb anzupreisen.⁹⁰⁷ In diesen Fällen muss ggf. auf die Betrugsvorschriften zurückgegriffen werden.

Der Versuch des § 16 Abs. 1 ist nicht strafbar. Die Tat ist ein Vergehen und wird nach wie vor mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe geahndet. Falls sich der Täter mit der Tat bereichern wollte, kann die Geldstrafe auch neben der Freiheitsstrafe verhängt werden, § 41 StGB. Ein Wille zur Bereicherung wird in Fällen der Markenverletzung häufig vorliegen.

Die Tat wird von Amts wegen verfolgt, sofern ein öffentliches Interesse besteht, §§ 374 Abs. 1 Nr. 7, 376 StPO. Nach Nr. 260 RiStBV war dieses in den Fällen

⁹⁰⁴ Baumbach/Hefermehl, UWG, § 4 RN 10.

⁹⁰⁵ Alexander, Die strafbare Werbung in der UWG-Reform, WRP 2004, 407 (416).

⁹⁰⁶ Braun, Produktpiraterie, aaO (S.162) – zu § 4 UWG a.F.

⁹⁰⁷ BGH vom 26. Oktober 1977, NJW 1978, 173.

des § 4 UWG a.F. zu bejahen, wenn durch die unrichtigen Angaben ein erheblicher Teil der Verbraucher irregeführt werden kann.

Neben der Strafe kommt als vorrangig abschreckende Maßnahme die Abschöpfung des Gewinns nach § 10 UWG in Betracht. Danach ist der von dem Werben- den zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern erlangte Gewinn herauszugeben. Die Voraussetzungen des § 10 UWG werden bei strafbarer Werbung regelmäßig vorliegen. Es bleibt abzuwarten, ob sich diese – schon bei der Einführung umstrittene – Regelung in der Praxis durchsetzt. Ansonsten ist der Verfall der Tatgewinne nach § 73 ff. StGB anzuordnen.

Die Tat verjährt – wie die Vorschriften des Kennzeichenstrafrechts – in fünf Jahren, § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB. Bezüglich der Konkurrenzen bleibt noch anzumerken, dass im Falle des Zusammentreffens des § 16 Abs. 1 UWG mit einer Alternative des § 143 MarkenG regelmäßig Tateinheit vorliegen wird.⁹⁰⁸ Oftmals wird auch die Erfüllung des Tatbestands des § 144 MarkenG die Voraussetzungen einer strafbaren Werbung erfüllen.⁹⁰⁹ Im Zusammenhang mit Betrug nach § 263 StGB kann § 16 Abs. 1 UWG dadurch Bedeutung erlangen, dass der Eintritt eines Vermögensschadens nicht vorausgesetzt wird.⁹¹⁰

II. Strafbarkeit nach § 15 UWG a.F.

§ 15 UWG bestrafte die geschäftliche Verleumdung. Es machte sich strafbar, wer wider besseres Wissen über das Erwerbsgeschäft eines anderen, über die Person des Inhabers oder Leiters des Geschäfts, über Waren oder Leistungen eines anderen Tatsachen der Wahrheit zuwider behauptete, die geeignet waren, den Betrieb des Geschäfts zu schädigen.

Im Zusammenhang mit Kennzeichenverletzungen war daran zu denken, dass im Verkauf einer gefälschten Ware, die den Anschein von Originalware erweckte, die schlüssige Behauptung liegen konnte, die Ware sei die gewünschte Markenware.⁹¹¹ Die angesprochenen Verkehrskreise konnten die Weitergabe von gekennzeichneten Produkten als Erklärung hinsichtlich der Herkunft der Waren werten.⁹¹² Wer statt der Ware eine andere lieferte, behauptete somit regelmäßig, die Ware sei die verlangte.⁹¹³ Die – konkludente – Behauptung, die Ware stamme

⁹⁰⁸ Baumbach/Hefermehl, UWG, § 4 RN 2; zur Neufassung: Alexander, Die strafbare Werbung in der UWG-Reform, WRP 2004, 407 (417).

⁹⁰⁹ Ekey/Klippel, MarkenR, § 144 RN 1.

⁹¹⁰ BGH vom 15. August 2002, WRP 2002, 1432 – Strafbare Werbung für Kaffeefahrten (zu § 4 UWG).

⁹¹¹ RG vom 23. Januar 1912, RGSt 45, 376 (378); RG vom 28. Februar 1905, RGZ 60, 189 (190).

⁹¹² Laut BGH vom 18. Juli 1955, BGHSt 8, 46, insbesondere dann, wenn der Veräußerer selbst die verletzende Kennzeichnung veranlasst hat, vgl. Braun, Produktpiraterie, Kapitel 2, III. 8. b) (S.163).

⁹¹³ Baumbach/Hefermehl, UWG § 14 RN 17.

vom Originalhersteller, war geeignet, den Betrieb des Markeninhabers zu schädigen, da diesem durch den Verkauf von nachgeahmten Produkten die Absatzmöglichkeit für eigene Waren entzogen wurde. Der Tatbestand des § 15 UWG war somit wieder vor allem in den Fällen der identischen oder hochgradig ähnlichen Nachahmung eröffnet. Soweit dagegen ein Missverständnis ausgeschlossen war oder die Zeichen nur ähnlich im Sinne des Markengesetzes waren, lag darin keine Behauptung, die Ware sei die Originalware.

Dieser Straftatbestand ist jedoch mit der Neufassung des UWG entfallen, da der Vorschrift neben § 187 StGB – Verleumdung kein nennenswerter Anwendungsbereich zukam.⁹¹⁴

III. Strafbarkeit nach § 17 UWG, KuG und UrhG

Neben den bereits dargestellten Tatbeständen kommt auch eine Verwirklichung weiterer Normen des gewerblichen Rechtsschutzes grundsätzlich in Betracht. Dabei sind vor allem der auch in der Neufassung weitgehend unveränderte § 17 UWG – Verrat von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen zu nennen, der bei Weitergabe von Details neuer Markenprodukte bspw. durch Angestellte an Konkurrenten oder Fälscher in Frage kommt.⁹¹⁵ Auch eine Verfolgung nach § 33 KUG ist möglich, sofern auf den kennzeichenverletzenden Produkten Bildnisse von Personen (mit-) abgebildet werden.

Häufiger treffen Kennzeichenverletzungen schließlich mit den Strafnormen des Urheberrechts zusammen, §§ 106 ff. UrhG.⁹¹⁶ So liegt bei der Nachahmung von Labels bekannter Marken im Bekleidungsbereich oftmals auch eine Verletzung der Urheberrechte des Designers vor. Aber auch umgekehrt liegt bei der Softwarepiraterie nicht nur eine Urheberrechtsverletzung, sondern regelmäßig auch eine strafbare Kennzeichenverletzung vor, da nämlich sowohl der Name der Software als auch deren Hersteller regelmäßig als Marken bzw. als Unternehmenskennzeichen geschützt sind.

IV. Steuerstraftaten

Wie im 5. Kapitel noch zu zeigen sein wird, stammen nachgeahmte Waren oftmals aus dem Ausland. Dort ist eine viel billigere Produktion möglich, was die Gewinne maximiert. Hinzu kommt die Tatsache, dass in den Herkunftsstaaten regelmäßig eine weit geringere Verfolgungsintensität vorherrscht. Daher kommt

⁹¹⁴ Begründung zum Gesetzesentwurf, BT-Ds 15/1487, IV. 5. c) (S. 15).

⁹¹⁵ Braun, Produktpiraterie, Kapitel 2, III. 9. (S.165).

⁹¹⁶ Dazu ausführlich Hildebrandt, Die Strafvorschriften des Urheberrechts; vgl. auch v. Gravenreuth, Strafverfahren, GRUR 1983, 349 (350).

den europäischen und nationalen Möglichkeiten der Grenzbeschlagnahme eine besondere Bedeutung bei der Bekämpfung von Marken- und Produktpiraterie zu. Diese Einbindung des deutschen Markenrechts in die internationalen Regelwerke soll im 6. Kapitel ausführlich dargestellt werden. Für die Strafverfolgung ist dabei wesentlich, dass neben den Straftatbeständen des Markenrechts auch Normen des Steuerstrafrechts, insbesondere Steuerhinterziehung und Bannbruch zur Sanktionierung der Vergehen herangezogen werden können.

Sofern kennzeichenverletzende Waren über die Grenzen geschmuggelt oder beim Überschreiten einer solchen nicht angemeldet werden, liegt eine Hinterziehung von Zollabgaben und Einfuhrumsatzsteuer vor, welche nach § 370 AO Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 als Steuerverkürzung mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft wird. Zu entrichtende Zölle und Abgaben werden dabei nach § 3 Abs. 1 S. 2 AO den Steuern gleichgesetzt. Zu verzollende Waren sind insbesondere solche aus Staaten außerhalb der EU. Gemäß § 370 Abs. 5 AO kann die Tat aber auch hinsichtlich solcher Waren begangen werden, deren Einfuhr, Ausfuhr oder Durchfuhr verboten ist. In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, § 370 Abs. 3 AO, wobei die besonders schweren Fälle durch Regelbeispiele konkretisiert werden.

Sofern Steuern in großem Ausmaß oder zur Erlangung nicht gerechtfertigter Steuervorteile hinterzogen werden und dies gewerbs- oder bandenmäßig erfolgt, beträgt der Strafraum Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren, § 370a AO. In minder schweren Fällen beträgt die Strafe Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren. Einen minder schweren Fall stellt dabei bspw. die Selbstanzeige dar, § 371 AO. Dieser Variante dürfte in Fällen der Produktpiraterie aber nur geringe Bedeutung zukommen. Schließlich ist bereits der Versuch des Schmuggels strafbar, § 370 Abs. 2 AO.

In subjektiver Hinsicht muss die Tat vorsätzlich begangen werden, wobei der diesbezügliche Nachweis in den meisten Fällen des Schmuggels einer größeren Menge von kennzeichenverletzenden Waren keine Probleme bereiten sollte. Die Tat wird im Gegensatz zum Grundtatbestand des § 143 Abs. 1 MarkenG von Amts wegen verfolgt.

Kein Schmuggeltatbestand liegt vor, wenn Markenverletzer schutzrechtsverletzende Waren importieren, jedoch alle anfallenden Abgaben wie Zoll und Einfuhrumsatzsteuer entrichten.⁹¹⁷ Es kommt jedoch die Verletzung eines Importverbots nach § 372 AO, sog. Bannbruch, in Betracht. Diesen begeht, wer Gegenstände entgegen einem Verbot einführt, ausführt oder durchführt, ohne sie der zuständigen Zollbehörde anzuzeigen.

Ein Importverbot ergibt sich aus der Strafbarkeit der Einfuhr/Ausfuhr von kennzeichenverletzenden Waren nach §§ 143 Abs. 1 Nr. 3. Die dazu notwendigen Er-

⁹¹⁷ Cremer, Die Bekämpfung der Produktpiraterie in der Praxis, Mitt. 1992, 153 (161).

mittlungen werden gemäß §§ 208, 369 und 404 AO von der Zollfahndung durchgeführt.⁹¹⁸ Auch die Verletzung des § 144 führt zu einem Einfuhrverbot, da der Import seit jeher von der Rechtsprechung des Reichsgerichts als auch des BGH als rechtsverletzendes Inverkehrbringen angesehen worden ist.⁹¹⁹ Gleiches ergibt sich aus der MRRL, wonach der Import ausdrücklich als rechtsverletzende Benutzung genannt wird, Art. 5 Abs. 3 lit. c MRRL. Schließlich hat der BGH schon 1956 festgestellt, dass alle strafrechtlichen Verbringungsverbote, zu denen daher auch die Alternativen des Inverkehrbringens der §§ 14, 143, 144 MarkenG zählen, zu den Einfuhrverboten des § 372 AO gehören.⁹²⁰ Gleichwohl gibt es Stimmen, die eine Ausgrenzung des § 143 Abs. 1 aus dem Tatbestand des Bannbruchs fordern. Begründet wird dies vor allem mit Wertungswidersprüchen zwischen den Normen.⁹²¹

Ungeachtet dessen können sich weitere Einfuhrverbote aus den zivilrechtlichen Tatbeständen des § 14 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 4 Nr. 3 MarkenG, § 2 Abs. 1 Beitrittgesetz zum MMA, sowie aus den nationalen und europäischen Regeln zur Grenzbeschlagnahme ergeben.

Der Täter des § 372 AO wird analog zu § 370 Abs. 1 AO mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, sofern die Tat nicht in anderen Vorschriften als Zuwiderhandlung gegen ein Einfuhr-, Ausfuhr- oder Durchfuhrverbot mit Strafe oder mit Geldbuße bedroht ist, § 372 Abs. 2 AO. Diese Subsidiaritätsklausel führt dazu, dass im Falle der Anwendung des § 143 MarkenG die dadurch verwirkte Strafe einer Bestrafung nach § 372 AO vorgeht. Der oben dargestellte Streit ist daher in diesen Fällen ohne praktische Bedeutung.

Wer dagegen gewerbsmäßig Einfuhr- oder Ausfuhrabgaben hinterzieht oder gewerbsmäßig durch Zuwiderhandlungen gegen Monopolvorschriften Bannbruch begeht, begeht den Qualifikationstatbestand des § 373 Abs. 1 AO, bei dem keine gesetzliche Subsidiarität besteht. Der Täter kann in diesen Fällen mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft werden. Dies gilt nach § 373 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 auch für die bandenmäßige oder gewaltsame Begehung.

Schließlich ist auch der Ankauf, das sich oder einem Dritten Verschaffen, das Absetzen oder die Absatzhilfe von Bannware strafbar als Steuerhehlerei, sofern der Täter sich oder einen Dritten damit bereichern will, § 374 Abs. 1 AO. Es gilt das Strafmaß der 370 Abs. 1 und 2 AO, in Fällen des gewerbsmäßigen Handelns der Strafrahmen des § 373 AO.

⁹¹⁸ Schmidl, Die Bekämpfung der Produktpiraterie in der Bundesrepublik Deutschland und in Frankreich, 3. Teil, A. I. 1. b) (S. 123).

⁹¹⁹ Cremer, Die Bekämpfung der Produktpiraterie in der Praxis, Mitt. 1992, 151 (161).

⁹²⁰ BGH vom 7. September 1956, BGHSt 9, 351 (354).

⁹²¹ Nachweise in Schiwiek, Die Strafbarkeit der Markenpiraterie, 5. Teil E. I. (S. 126).

Sofern eine Steuerhinterziehung, ein Bannbruch oder eine Steuerhehlerei begangen worden, so können die Erzeugnisse, Waren und andere Sachen, auf die sich die Hinterziehung der Steuern und Abgaben, der Bannbruch oder die Steuerhehlerei bezieht, sowie die Beförderungsmittel, die zur Tat benutzt worden sind, eingezogen werden, § 375 AO.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass auch der an sich in der regulären Wirtschaft tätige Importeur angesichts der hohen möglichen Strafen von Steuerstraftaten ein erhebliches Risiko eingeht, wenn er kennzeichenverletzende Ware einschmuggelt oder diese zwar verzollt, aber ihren schutzrechtsverletzenden Charakter den Zollbehörden nicht offenbart.⁹²² Die häufig über zu geringe Strafen klagenden Strafverfolgungsbehörden können diese Vergehen im Rahmen ihrer Ermittlungen in geeigneten Fällen berücksichtigen, um nämlich einerseits eine „härtere“ Bestrafung der Markenverletzer zu erreichen sowie andererseits auch die oft im Hintergrund arbeitenden Importeure zu belangen. Schließlich können die dargestellten Tatbestände auch als Auffangtatbestände dienen, wenn einzelne Merkmale der §§ 143 ff. MarkenG wie z.B. der „Besitz zum Zwecke des Inverkehrbringens“ des § 143 Abs. 3 Nr. 2 MarkenG nicht zweifelsfrei nachgewiesen werden können.

⁹²² Cremer, Die Bekämpfung der Produktpiraterie in der Praxis, Mitt. 1992, 153 (161).

3. Teil: Konkurrenzen

Wie vorstehend erwähnt liegt in vielen Fällen von Kennzeichenverletzungen nicht nur ein isoliertes Delikt vor, sondern ein Geflecht mehrerer Straftaten. In Frage kommen dabei neben den verschiedenen Tatbestandsalternativen des Kennzeichenrechts insbesondere Straftatbestände des Kernstrafrechts, des UWG, des Urheberrechts sowie Steuerstraftaten. Es muss daher geklärt werden, in welchem Verhältnis diese Vorschriften zueinander stehen. Einige typische Fallkonstellationen sollen nachfolgend dargestellt werden.

A. Mehrfache Verwirklichung der §§ 143 ff. MarkenG

Zunächst kann eine wiederholte Begehung der Kennzeichenverletzung nach §§ 143 ff. MarkenG vorliegen. So lässt sich die mehrfache Verletzung einer Marke aufgrund der Begehung einer der Tathandlungen mit einer Vielzahl von Waren als rechtliche Einheit betrachten, da an sich selbstständige Realakte zu einer rechtlichen Einheit zusammengefasst werden können.⁹²³ Durch die mehrfache Wiederholung identischer Tathandlungen erfolgt nur eine rein quantitative Steigerung bei einheitlichem Unrecht. Sofern die Durchführung auf einem einheitlichen Entschluss beruht und ein enger zeitlicher und räumlicher Zusammenhang vorliegt, kann die sog. natürliche Handlungseinheit angenommen werden. Dies ist der Fall bspw. bei der Herstellung mehrerer gleicher Falsifikate in einem Betrieb, wobei arbeitszeitbedingte Unterbrechungen oder ein längerer Herstellungszeitraum unschädlich sind.⁹²⁴ Sofern dagegen aber verschiedene Plagiate über einen längeren Zeitraum hergestellt und anschließend verbreitet werden, so liegen so viele selbstständige Handlungen vor, als Verletzte vorhanden sind.⁹²⁵

Auch wenn innerhalb des Tatbestands der § 143 ff. verschiedene Alternativen einer Zeichenverletzung zusammentreffen, also bspw. eine gefälschte Ware erst importiert, dann verpackt und schließlich verkauft wird, kann noch eine natürliche Handlungseinheit angenommen werden. Zwar liegen an sich mehrere strafbare Handlungen vor und es werden verschiedenartige Straftatbestände verwirklicht. Der BGH bejaht aber auch in diesen Fällen eine Handlungseinheit, sofern nämlich mehrere im Wesentlichen gleichartige Verhaltensweisen von einem einheitlichen Willen getragen werden und aufgrund ihres räumlich-zeitlichen Zusammenhangs derart eng miteinander verbunden sind, dass das gesamte Tätigwerden objektiv für einen Dritten als einheitliches, zusammengehöriges Tun erscheint.⁹²⁶ Dies kann regelmäßig im Fall der Kennzeichenverletzung bejaht wer-

⁹²³ Sch/Sch-Stree, StGB, vor §§ 52 ff., RN 22. m.w.N.

⁹²⁴ Schiwiek, Die Strafbarkeit der Markenpiraterie, 8. Teil, G. II. (S. 195).

⁹²⁵ BayObLG vom 8. April 1965, UFITA 47, 326.

⁹²⁶ Wessels/Beulke, Strafrecht AT, § 17 II 2. b), mit Nachweisen zur Rechtsprechung.

den. Denn diese sanktioniert lediglich die verschiedenen Formen der Benutzung selbstständig, um nämlich umfassend vor Kennzeichenverletzungen zu schützen. Sofern ein einheitlicher Tatvorsatz vorliegt, können die verschiedenen „Stadien“ einer Markenverletzung“ aber zu einer Einheit zusammengezogen werden. Ein Dritter wird zwischen diese Stufen ohnehin nicht differenzieren, was ebenfalls für das Vorliegen einer Handlungseinheit spricht.

Erst wenn eine Unterbrechung der Verletzungshandlungen, gefolgt von einem neuen Tatentschluss, vorliegt, treten mehrere Markenverletzungen in Realkonkurrenz, § 53 StGB.

B. Verhältnis zu anderen Delikten

Sobald die Verwirklichung der Straftatbestände des Markenrechts mit den im 2. Teil dargestellten Delikten des gewerblichen Rechtsschutzes, des Kernstrafrechts oder anderen Strafgesetzen zusammentreffen, können diese nach den allgemeinen Regeln sowohl in Tateinheit nach § 52 StGB als auch in Tatmehrheit gem. § 53 StGB stehen.

Sofern die gleiche Handlung neben den §§ 143 ff. weitere Strafgesetze verletzt, liegt Tateinheit vor. Idealkonkurrenz besteht danach, wenn eine Markenverletzung mit einem Betrug oder einer Unterschlagung einhergeht. Gleiches gilt, wenn bspw. eine Vervielfältigung nach UrhG, ein Versehen mit einer Marke und eine Verbreitungshandlung zusammentreffen. In diesem Fall ist nur wegen einer Tat zu verurteilen.⁹²⁷ Auch im Falle des Zusammentreffens des § 16 Abs. 1 UWG n. F. mit einer Alternative des § 143 MarkenG wird regelmäßig Tateinheit vorliegen.⁹²⁸ Oftmals wird zudem die Erfüllung des Tatbestands des § 144 MarkenG die Voraussetzungen einer strafbaren Werbung erfüllen.⁹²⁹

Des Weiteren besteht im Hinblick auf die im Rahmen der Markenverletzung - Einfuhr der zeichenverletzenden Waren - begangenen Steuerstraftaten ebenfalls Idealkonkurrenz vor, es wird also nur auf eine Strafe erkannt, § 52 StGB. Zu beachten ist nur, dass der einfache Bannbruch hinter mitverwirklichten Delikten im Wege der Gesetzeskonkurrenz zurücktritt, § 372 Abs. 2 a.E. AO.

Liegen dagegen aufgrund eines neuen Handlungsentschlusses mehrere selbständige Straftaten vor und sind auch mehrere Geld- oder Freiheitsstrafen verwirkt, muss eine Gesamtstrafe gebildet werden. Beispiel für einen Schuldspruch ist die bekannte Entscheidung des LG München II, die einen des sog. „Domain-Grabbing“ schuldig befundenen Angeklagten wie folgt verurteilt hat:

⁹²⁷ V. Gravenreuth, Das Plagiat aus strafrechtlicher Sicht. B. I. I. 9. (S. 88).

⁹²⁸ Baumbach/Hefermehl, UWG, § 4 RN 2.

⁹²⁹ Ekey/Klippel, MarkenR, § 144 RN 1; Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 144 RN 2.

„Der Angeklagte K... ist schuldig der versuchten strafbaren Kennzeichenverletzung in 10 Fällen in Tateinheit mit strafbarer Kennzeichenverletzung in 12 Fällen, davon in 3 Fällen je in Tateinheit mit Erpressung und in 9 Fällen je in Tateinheit mit versuchter Erpressung, sowie des Computerbetruges in 2 Fällen in Tateinheit mit versuchtem Computerbetrug in 2 Fällen in Tateinheit mit Betrug in 10 Fällen.

Er wird deshalb zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 1 Jahr und 10 Monaten verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wird....“⁹³⁰

Angewendete Vorschriften waren in diesem Fall die §§ 14 Abs. 2 Nr. 3, 143 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 und 3 MarkenG, 253, 263 a Abs. 1 und 2, 263 Abs. 1 und 2, 22, 23, 47, 52, 53, 54, 56 StGB. Abweichungen von der allgemeinen Konkurrenzlehre bestehen an dieser Stelle nicht.

⁹³⁰ LG München II vom 14. September 1999, W 5 KLS 70 Js 12730/99, teilweise veröffentlicht im Internet unter www.jurpc.de, web. Dokument 228/2000, www.jurpc.de/rechtspr/20000228.htm (letzter Besuch am 15. September 2004).

4. Rechtsdurchsetzung (Strafverfolgung und Rechtsfolgen)

A. Vorbemerkung

Sofern bei der Staatsanwaltschaft ein Anfangsverdacht einer Kennzeichenverletzung entsteht, kann sie ein Ermittlungsverfahren gegen einen oder mehrere Verdächtige einleiten. Hier bieten sich nach der StPO zahlreiche Möglichkeiten, gegen Verdächtige einer Kennzeichenverletzung zu ermitteln, um nämlich die genauen Tatumstände der vermuteten Verletzungshandlung festzustellen. Sofern sich im Zuge dieser Ermittlungen ein hinreichender Tatverdacht einer vorsätzlichen Verletzung der §§ 143 ff. MarkenG ergibt, erhebt die Staatsanwaltschaft Anklage oder beantragt einen Strafbefehl. Andernfalls wird das Verfahren eingestellt.

Zur Sanktionierung einer nachgewiesenen Kennzeichenverletzung kann das Gericht in einer ggf. durchgeführten Hauptverhandlung neben der Verhängung von Hauptstrafen wie Geld- oder Freiheitsstrafe zusätzliche Sanktionen gegen den Täter verhängen bzw. die weitere Behandlung der schutzrechtsverletzenden Waren regeln. Diese Maßnahmen wie der Verfall der Tatgewinne, die Einziehung von Gegenständen oder die Veröffentlichung der Verurteilung orientieren sich am Fehlverhalten des Täters und sollen eine angemessene Reaktion auf die Folgen seiner Tat darstellen, indem sie sichernden, genugtuenden oder abschöpfenden Charakter haben.

Im Folgenden sollen zunächst die wichtigsten Verfahrensabschnitte des Ermittlungs- (dazu B.) und sich ggf. anschließenden Gerichtsverfahrens (dazu C.) in Bezug auf das Markenstrafrecht dargestellt werden. Im Anschluss daran werden die möglichen Strafen und Nebenfolgen der Tat aufgezeigt (dazu D.)

B. Ermittlungsverfahren

I. Einleitung von Ermittlungen

Grundsätzlich bestehen drei Hauptmöglichkeiten zur Verfahrenseinleitung bei Verletzungen von Straftatbeständen des Markenrechts. Dies sind die Stellung eines Strafantrags, die Aufnahme amtsseitiger Ermittlungen bzw. die Erhebung einer Privatklage. Die Art des Verfahrensbeginns ergibt sich im Markenrecht aus den verschiedenen Tatbestandsalternativen, wobei auch Überschneidungen möglich sind. So sind die Tatbestände der §§ 143 Abs. 1 und 143a Abs. 1 MarkenG als sog. Antragsdelikte ausgestaltet, während die Qualifikationen des §§ 143 Abs.

2, 143a Abs. 2 i.V. m. 143 Abs. 2 sowie der Tatbestand des § 144 MarkenG von Amts wegen verfolgt werden.

Der Grund für die Differenzierung ist darin zu sehen, dass die strafrechtliche Verfolgung eines Zeichenverletzers immer ultima ratio sein muss. Das Strafrecht ist die letzte in Betracht kommende Maßnahme zum Schutze von Rechtsgütern und darf erst dann zum Einsatz kommen, wenn andere, mildere Mittel zur Problemlösung versagen.⁹³¹ Der Staat ist daher nicht in jedem Fall gehalten, ein Strafverfahren einzuleiten. Er kann jedoch auch bei Fehlen eines Strafantrags im Fall eines Grunddeliktes der Kennzeichenverletzung das öffentliche Interesse bejahen. Die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft sowie die verschiedenen Möglichkeiten des Verfahrensbeginns sollen nachfolgend (1.) bis (4.) dargestellt werden.

1. *Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft*

Die Staatsanwaltschaft hat nach § 160 Abs. 1 bis 3 StPO einen Sachverhalt, von dem sie durch Anzeige oder auf anderem Wege Kenntnis erlangt hat, zu erforschen. Dazu kann sie von allen Behörden Auskunft verlangen und Ermittlungen selbst oder durch die Behörden und Beamten der Polizeidienste durchführen, § 161 StPO.

Die örtliche Zuständigkeit richtet sich dabei nach der Zuständigkeit des Gerichts, für das die Staatsanwaltschaft bestellt ist, § 143 GVG. Die Ermittlungen führt grundsätzlich der Staatsanwalt, in dessen Bezirk die Tat begangen worden ist, Nr. 2 RiStBV. Neben den grundsätzlich zuständigen „normalen“ Staatsanwaltschaften bei den Landgerichten wurde im Jahre 1976 von der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vorgeschlagen, sog. „Schwerpunktstaatsanwaltschaften“ zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität einzurichten. Gesetzliche Grundlage ist § 143 Abs. 4 GVG. Mittlerweile hat ein Großteil der Länder die Ermittlungszuständigkeit in dieser Weise konzentriert.⁹³² Andere Länder, so z.B. Hessen, haben die „normalen“ Staatsanwaltschaften mit spezialisiertem Personal besetzt und versprechen sich durch die Verteilung der Verfahren auf mehrere kleinere Einheiten eine bessere Erfolgsquote bei Erledigungszahlen und Verfahrensdauer. Die mancherorts erfolgte Zuständigkeitskonzentration wird teilweise als kritisch angesehen, da vor dem Hintergrund einer zu sparsamen Haushaltspolitik des Justizfiskus eine Überlastung der einzelnen Dezernten eintreten kann. Auch die räumliche Trennung zwischen der Anklagebehörde und ihren Hilfsbeamten vor Ort könne sich als verfahrenshemmend und

⁹³¹ Roxin, Strafrecht AT, Bd. I, § 2 RN 38.

⁹³² Bspw. sind dies in Baden-Württemberg die Schwerpunktstaatsanwaltschaften in Mannheim und Stuttgart.

aufklärungshindernd auswirken.⁹³³ Für das Kennzeichenstrafrecht ist demgegenüber anzumerken, dass angesichts der bundesweit vergleichsweise geringen Zahl von Ermittlungsverfahren⁹³⁴ im Kennzeichenrecht eine Konzentration sinnvoll ist. Denn indem durch die Konzentration die bei einer Behörde anfallenden Markenverfahren erhöht werden, führt dies zu einer routinierteren und einheitlicheren Bearbeitung sowie höchstwahrscheinlich auch zu niedrigeren Opportunitätseinstellungen. Dies überwiegt nach diesseitiger Ansicht das Problem der – auch bei allen anderen Staatsanwälten permanent bestehenden – Arbeitsbelastung. Ungeachtet dessen sollten bei den Allgemeinen Staatsanwaltschaften die Abteilungen für Wirtschaftsstrafsachen ausgebaut werden, um nämlich vergleichsweise einfache Ermittlungsverfahren im Kennzeichenstrafrecht orts- und zeitnah durchführen zu können.⁹³⁵

2. *Strafantragserfordernis*

Die Grundtatbestände der §§ 143 Abs. 1 und 143a Abs. 1 sind als sog. Antragsdelikte ausgestaltet, §§ 143 Abs. 4 und 143a Abs. 2 i.V.m 143 Abs. 4. Ergänzt werden diese Vorschriften durch die §§ 77 bis 77d StGB. Die Aufnahme von Ermittlungen beginnt somit erst nach Stellung eines Strafantrags. Ein solcher erfolgt bspw. wenn ein Markeninhaber von der Existenz schutzrechtsverletzender Waren Kenntnis erlangt und der Verletzte auf Abmahnung nicht reagiert, nicht auffindbar ist oder sich weigert, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben. In diesen Fällen kann er sich im Falle einer aus seiner Sicht eindeutigen Verletzungssituation zur Sicherung seiner Rechte und zur Erhöhung des Drucks auf den Verletzer an die Verfolgungsbehörden wenden. In einer Strafanzeige wird im Übrigen regelmäßig auch die Stellung eines Strafantrags gesehen.⁹³⁶

Antragsberechtigt ist gem. § 77 Abs. 1 StGB der Verletzte, also der Inhaber des Kennzeichenrechts. Der Antrag muss innerhalb von drei Monaten gestellt werden, § 77b Abs. 1 StGB, wobei die Frist mit Kenntnis der Tat und des Täters beginnt, § 77b Abs. 2 StGB. Die Frist wird durch schriftliche oder zu Protokoll gegebene Erklärung an eine Behörde des Polizeidienstes gewahrt, § 158 Abs. 2 StPO. Auch ein im Ausland ansässiger Markeninhaber kann über seinen Inlandsvertreter Strafanträge stellen, § 96 Abs. 2 S. 2 MarkenG.⁹³⁷ Dies erlangt prakti-

⁹³³ Dahs, Probleme des Wirtschaftsstrafrechts aus der Sicht des Praktikers, III. 1.; in Müller/Dahs, Wirtschaftsethik und Wirtschaftsstrafrecht, S. 81.

⁹³⁴ vgl. dazu 5. Kapitel C. und D. III. 4. a).

⁹³⁵ Liebl, Schwerpunktstaatsanwaltschaften zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, WISTRA 1987, 13 (18).

⁹³⁶ Harte-Bavendamm-Holler, Handbuch der Markenpiraterie, § 5 Abschnitt 4, K. VI. (S. 155).

⁹³⁷ Anders noch § 35 Abs. 2 WZG, wo diese Befugnis aus der Vertretervollmacht seit 1936 weggefallen

sche Relevanz im Falle der Verletzung von auf die Bundesrepublik schutzberechtigten IR-Marken, die genauso wie nationale Marken geschützt werden, §§ 107, 112 und 119, 124 MarkenG.

In praktischer Hinsicht sollte ein Strafantrag nicht nur aufgrund der Verletzung eines bestimmten Kennzeichenrechts gestellt werden, sondern „aus allen rechtlichen Gesichtspunkten“. In diesem Fall können andere Strafvorschriften wie Betrug, strafbare Werbung etc. einbezogen werden.⁹³⁸ Gleichfalls sollte man die Ermittlungsbehörden um Mitteilung des Ausgangs der Ermittlungen bitten, §§ 171, 403, 406d StPO.

Abschließend bleibt zu erwähnen, dass ein Strafantrag auch zurückgenommen werden kann, § 77d Abs. 1 S. 1 StGB. Dies kommt dann in Frage, wenn die Parteien sich zivilrechtlich geeinigt haben und neben der Unterlassung bspw. die Zahlung von Schadensersatz vereinbart wurde. In diesen Fällen wäre ein Strafverfahren kontraproduktiv.

3. *Strafantragsrecht des Lizenznehmers*

Die Berechtigung eines Lizenznehmers zur Stellung eines Strafantrags ist umstritten.⁹³⁹ Während im Patentrecht die Antragsbefugnis eines ausschließlichen Lizenznehmers bejaht wird⁹⁴⁰, wird dies im Markenrecht abgelehnt. Denn gemäß § 30 Abs. 3 MarkenG können Dritte unabhängig von der Art der Lizenz nur noch „mit Zustimmung“ des Markeninhabers gegen Markenverletzungen vorgehen. Der Gesetzgeber hat bewusst eine andere Regelung als bei der Urheberrechtslizenz vorgesehen.⁹⁴¹ Daher soll auch die schwerwiegendere Maßnahme der Einleitung eines Strafverfahrens von der Zustimmung des Kennzeicheninhabers abhängen.⁹⁴²

Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Zwar dient die strafrechtliche Verfolgung von Kennzeichenverletzungen anderen Aufgaben als eine zivilrechtliche Auseinandersetzung. Mit dem Strafrecht soll der staatliche Schutz von Rechtsgütern gewährleistet werden, während ansonsten die Regelung der privaten Rechtsverhältnisse der Bürger im Vordergrund steht. Insofern könnte man die Antragsbefugnis eines Lizenznehmers bejahen, da der staatliche Schutz des Markenrechts im Falle von vorsätzlichen Verletzungen Vorrang genießt.

war.

⁹³⁸ Cremer, Die Bekämpfung der Produktpiraterie in der Praxis, Mitt. 1993, 153 (160).

⁹³⁹ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 143 RN 7.

⁹⁴⁰ Benkhard, PatG, § 142 RN 10; RG vom 14. November 1894, RGSt 11, 266.

⁹⁴¹ St. Rspr., BGH vom 12. Dezember 1991, GRUR 1992, 310 (311) – Taschenbuch-Lizenz; Schrickler, UrhG, vor § 28 RN 48, § 97 RN 30.

⁹⁴² Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 143 RN 7.

Jedoch dient das im Interesse des Markeninhabers bestehende Zustimmungserfordernis einer Abstimmung der Schutzinteressen zwischen Lizenzgeber und Lizenznehmer.⁹⁴³ Diesbezüglich kann keine sinnvolle Trennung zwischen Strafrecht und Zivilrecht gemacht werden. Der Kennzeicheninhaber hat möglicherweise keine Zustimmung zur Geltendmachung der zivilrechtlichen Ansprüche erteilt, weil er sich z.B. außergerichtlich mit dem Verletzer auf Unterlassung geeinigt hat, ihm vielleicht auch eine Lizenz erteilen möchte etc. Sofern man dem Lizenznehmer die Möglichkeit geben würde, selbstständig ein Strafverfahren zu initiieren, würde dies ein nicht notwendiges Auseinanderfallen von Zivil- und Strafrecht bedeuten. Dies würde den Interessen des Markeninhabers zuwiderlaufen. Hinzu kommt die bereits erwähnte ultima ratio-Funktion der strafrechtlichen Ahndung.

An dieser Stelle keine Probleme bereitet die nunmehr verabschiedete Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums.⁹⁴⁴ Während der Entwurf dieser Richtlinie noch in Art. 5 vorgesehen hatte, dass die Mitgliedstaaten nicht nur den Inhabern der Rechte an geistigem Eigentum, sondern auch den ausschließlichen Lizenznehmern und Unterlizenznehmern das Recht einräumen, gerichtliche Schritte im Zusammenhang mit einer Verletzung der Rechte gemäß dieser Richtlinie zu unternehmen, wurde diese Verpflichtung nunmehr insoweit entschärft, als die in der RL enthaltenen Maßnahmen Lizenznehmern nur noch zustehen, sofern dies mit dem nationalen Recht in Einklang steht, Art. 4 b) der RL. Eine Verpflichtung zur Änderung des § 30 Abs. 3 MarkenG besteht demnach nicht.

4. Verfolgung von Amts wegen

a) Vorliegen des besonderen öffentlichen Interesses

Auch bei Nichtvorliegen eines Strafantrags – bspw. wenn schutzrechtsverletzende Ware als Zufallsfund im Zuge anderer Ermittlungen oder aber vom Zoll bei der Einfuhr aufgefunden wird – kann die Staatsanwaltschaft von Amts wegen schon bei der einfachen Kennzeichenverletzung die Ermittlungen aufnehmen, wenn nämlich ausnahmsweise ein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht, § 143 Abs. 4. Es handelt sich somit beim Grundtatbestand der Kennzeichenverletzung um eine Mischung zwischen Antrags- und Officialdelikt.⁹⁴⁵

⁹⁴³ Fezer, MarkenR, § 30 RN 31.

⁹⁴⁴ Zu dieser Richtlinie vgl. 6. Kapitel B. 4.

⁹⁴⁵ Tröndle/Fischer, StGB, Vor § 77 RN 3.

Das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung in den Fällen des § 143 Abs. 4 ist bei einer „nicht nur geringen“ Schutzrechtsverletzung zu bejahen. Dabei sind das Ausmaß der Verletzung, der eingetretene oder drohende Schaden und die vom Täter erstrebte Bereicherung zu berücksichtigen. Eine – für die Staatsanwaltschaft jedoch nicht bindende – Auslegungshilfe bilden dabei die Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren (RiStBV), welche von den Justizministerien des Bundes und der Länder erlassen wurden. Gemäß der für das Markenrecht einschlägigen Vorschrift des Nr. 261a RiStBV ist ein besonderes öffentliches Interesse an der Verfolgung dann zu unterstellen, wenn der Täter

- einschlägig vorbestraft ist,
- ein erheblicher Schaden droht oder eingetreten ist,
- die Tat den Verletzten in seiner wirtschaftlichen Existenz bedroht,
- die öffentliche Sicherheit oder die Gesundheit der Verbraucher gefährdet wird.

Letzteres muss z.B. bei der qualitativ minderwertigen Nachahmung von Ersatzteilen für Autos oder Flugzeuge oder der Fälschung von Medikamenten⁹⁴⁶ angenommen werden.

In der Praxis bereitet die Bejahung des besonderen öffentlichen Interesses nach der vom Verfasser durchgeführten und im 6. Kapitel dargestellten Untersuchung zur praktischen Relevanz der Strafvorschriften des Markenrechts zumindest in Fällen offensichtlicher Markenverletzungen keine Schwierigkeiten. Die Staatsanwaltschaften haben inzwischen erkannt, dass die Verletzung von Kennzeichenrechten erhebliche Schäden verursacht. Vor allem beim Anbieten nicht unbedeutlicher Mengen gefälschter Bekleidung, Luxusgütern oder im Ton-/Bildträgerbereich werden – teilweise nach Hinweisen von Dritten wie z.B. Verbrauchern – auch von Amts wegen verstärkt Verfahren eingeleitet.⁹⁴⁷ Sofern die Staatsanwaltschaft dennoch nach Abschluss der Ermittlungen das Verfahren nach § 170 Abs. 2 StPO einstellt, kann der verletzte Markeninhaber versuchen, mittels des Klageerzwingungsverfahrens die Staatsanwaltschaft zur Erhebung der öffentlichen Klage zu zwingen, §§ 172, 175 StPO.⁹⁴⁸

⁹⁴⁶ Bspw. der Vertrieb einer Mischung von pflanzlichen Stoffen und Talkumpuder unter einer bekannten Antibiotika-Marke; vgl. Levin, Was bedeutet „Counterfeiting“, GRUR Int. 1987, 18 (19).

⁹⁴⁷ So ermitteln Beamte teilweise schon selbstständig auf der Internet-Auktionsplattform „ebay“, wo verstärkt gefälschte Waren zu günstigen Preisen angeboten werden.

⁹⁴⁸ Braun, Produktpiraterie, 5. Kapitel. II. 1. (S. 303).

b) Strafverfolgung in den Fällen des §§ 143 Abs. 2, 143 a Abs. 2
i.V.m. 143 Abs. 2 und 144 MarkenG

Im Gegensatz zur einfachen Kennzeichenverletzung werden die qualifizierten Verletzungen nach §§ 143 Abs.2, 143a Abs. 2 i.V.m. 143 Abs. 2 als sog. Officialdelikte von Amts wegen untersucht. Begründet wird diese mit dem Produktpirateriegesetz eingeführte Regelung mit dem erhöhten Unrechts- und Schuldgehalt und mit dem großen Schaden für die Volkswirtschaft.⁹⁴⁹ Die Staatsanwaltschaft ist in diesen Fällen verpflichtet einzuschreiten, sofern hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte für das Vorliegen der Qualifikation erkennbar sind, § 152 Abs. 2 StPO.

Bei der Verletzung von geographischen Herkunftsangaben nach § 144 gibt es dagegen überhaupt keinen unmittelbar in seinen Rechten Beeinträchtigten. Durch diese Vorschrift wird vielmehr der sog „kollektive Goodwill“ der in der jeweiligen Region ansässigen Unternehmer sowie die Allgemeinheit vor Irreführung geschützt. Folgerichtig erfolgt in diesen Fällen die Verfolgung von Verletzungen von Amts wegen bei Bejahung des öffentlichen Interesses nach den §§ 376, 374 Nr. 8 StPO. Dieses liegt gemäß Nr. 86 Abs. 2 RiStBV immer dann vor, wenn der Rechtsfrieden über den Lebenskreis des Verletzten – hier der Produzenten der jeweiligen Region – hinaus gestört ist und die Strafverfolgung ein gegenwärtiges Anliegen der Allgemeinheit ist. Gleichwohl ist auch in diesen Fällen die Erhebung einer Privatklage und auch einer Nebenklage möglich, s. unten B. 4. b) und c).

c) Ermittlungen von Ordnungswidrigkeiten

Die Verfolgung des Bußgeldtatbestands und Ahndung des § 145 MarkenG wird von der Verwaltungsbehörde durchgeführt, § 35 OWiG. Die Aufnahme von Ermittlungen liegt im pflichtgemäßen Ermessen der Behörden, § 47 OWiG. Das strafprozessuale Instrumentarium findet weitgehend Anwendung, § 46 OWiG, lediglich einige besonders einschneidende Ermittlungshandlungen wie die Verhaftung sind nicht zulässig, § 46 Abs. 3 OWiG.

In Bezug auf die Rechtsfolgen wird – sofern Tateinheit mit Straftatbeständen besteht – nur das Strafgesetz angewandt, § 21 Abs. 1 OWiG. Sollte es jedoch nicht zu der Verhängung einer Strafe kommen, kann die Ordnungswidrigkeit geahndet werden, § 21 Abs. 2 OWiG.

d) Fazit

Insgesamt bedarf es in den geschilderten Fällen nicht der Stellung eines Strafantrags. Gleichwohl ist Geschädigten zu empfehlen, auch bei Vorliegen des Qualifi-

⁹⁴⁹ Begründung zum PrPG, BT-Ds 11/4792, S. 25.

kationstatbestandes des § 143 Abs. 2 oder des § 143a Abs. 2 i.V.m. § 143 Abs. 2 oder im Falle des – aufgrund eines nicht unbeträchtlichen Umfangs der Kennzeichenverletzung – an sich bestehenden besonderen öffentlichen Interesses innerhalb der Dreimonatsfrist einen Strafantrag zu stellen. Dies kann bereits bei der zu Ermittlungsbeginn regelmäßig von den Staatsanwaltschaften oder der Kriminalpolizei durchgeführten Befragung des Kennzeicheninhabers zur Beurteilung der Echtheit von Plagiaten erfolgen. Auch ist zu empfehlen, auf die Begleitumstände der Kennzeichenverletzung zu achten. Sollte die Verwirklichung weiterer Straftatbestände wie etwa Betrug oder Steuervergehen in Frage kommen, sollte dies vorsichtshalber den Ermittlungsbehörden mitgeteilt werden. Da Staatsanwälte sich mit solchen häufiger vorkommenden Vorschriften im Zweifel besser auskennen als mit dem Markenstrafrecht, werden sie ggf. eher das besondere öffentliche Interesse bejahen.

5. Verfolgungshindernis Verjährung

Die Verfolgungsverjährung bei allen Straftaten des Markengesetzes richtet sich gemäß Art. 1 Abs. 1 EGStGB nach den allgemeinen Vorschriften und beträgt fünf Jahre, § 78 Abs. 3 Nr. 4, 78a StGB⁹⁵⁰. Die gleiche Regelung gilt für den gewerbsmäßig handelnden Täter, dessen Tat ebenfalls nach fünf Jahren verjährt, § 78 Abs. 4 StGB.⁹⁵¹ Jedoch wird auch für die mit identischer Strafdrohung versehenen Urheberstraftaten der §§ 106 bis 108 UrhG sowie bei § 16 UWG (ehemals § 4 UWG a.F.) eine Verjährungsfrist von fünf Jahren angenommen.⁹⁵²

Die Frist beginnt mit Beendigung der Markenverletzung, § 78a StGB. Bei einer fortgesetzten Handlung startet sie mit dem Ende des letzten Einzelaktes⁹⁵³, bei einer Dauerhandlung mit dem Ende des rechtswidrigen Dauerzustands.⁹⁵⁴ Solange die Verletzung also andauert, so z.B. der Besitz von markenverletzender Ware

⁹⁵⁰ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 143 RN 9.

⁹⁵¹ Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 143 RN 38 und Ekey/Klippel, MarkenG, § 143 RN 22, gehen in ihrer Kommentierung – wohl versehentlich – von einer Verfolgungsverjährung nach nur drei Jahren nach § 78 Abs. 3 Nr. 5 StGB aus.

⁹⁵² Wandtke/Bullinger, UrheberR, § 106 RN 51; Baumbach/Hefemehl, UWG, § 4 RN 11.

⁹⁵³ BGH vom 23. September 1971, BGHSt 24, 218.

⁹⁵⁴ BGH vom 11. Juni 1965, BGHSt 20, 227.

⁹⁵⁵ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 143 RN 9.

zu gewerblichen Zwecken, ist eine Verjährung nicht möglich. Die Verjährung kann durch Maßnahmen der Strafverfolgungsbehörden oder des Gerichts unterbrochen werden, § 78c Nr. 1 – 12 StGB. Sie kann dadurch bis zu einem Zeitraum von maximal zehn Jahren verlängert werden, § 78 c Abs. 3 S. 1 StGB. Danach beginnt die Verjährung von neuem, § 78c Abs. 3 S. 1 StGB. Absolute Verjährung tritt jedoch nach zehn Jahren ein, also nach Ablauf der doppelten gesetzlichen Verjährungszeit, § 78c Abs. 3 S. 2 StGB.

Demgegenüber spielt die dreijährige zivilrechtliche Verjährung für die Strafverfolgung keine Rolle.⁹⁵⁵ Der in der amtlichen Begründung zu § 20 MarkenG⁹⁵⁶ vorgenommene Bezug ist unrichtig bzw. zumindest missverständlich. Folglich fällt die Verjährung im Zivil- und im Strafrecht auseinander, zumal auch die für die Strafverfolgung relevante Frist nach § 78a StGB schon mit Beendigung des strafbaren Verhaltens und somit dem Tag, an dem der tatbestandsmäßige Erfolg eintritt, beginnt. Im Zivilrecht beginnt die Verjährung dagegen erst mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist bzw. der Gläubiger Kenntnis erlangt hat, §§ 20 MarkenG, 195, 199 BGB.

Rechtsfolge der eingetretenen Verjährung ist die Einstellung des Verfahrens durch Beschluss nach § 170 Abs. 2 StPO. Sofern schon ein gerichtliches Verfahren anhängig ist, muss freigesprochen werden. Dies geschieht im Rahmen einer Hauptverhandlung durch Urteil, ansonsten ebenfalls durch Beschluss, § 206 a StPO

II. Beweisgewinnung

Der Staatsanwaltschaft werden Kennzeichenverletzungen vor allem auf Strafanzeige des Schutzrechtsinhabers oder durch die Zollbehörden bekannt. Seltener erfolgt die Aufnahme von Ermittlungen aufgrund von Zufallsfunden im Rahmen anderweitiger Verfahren. Zur Erforschung des Sachverhalts aufgrund des Anfangsverdachts kann die Staatsanwaltschaft die üblichen Aufklärungsverfügungen, Ermittlungsmaßnahmen und Zwangsmittel anordnen oder beantragen. Üblich ist hier z.B. die Vernehmung des Beschuldigten oder von Zeugen, die Einholung eines Sachverständigengutachtens oder die Einnahme von Augenschein.⁹⁵⁷ Insofern unterscheidet sich das markenstrafrechtliche Verfahren nicht wesentlich von der üblichen Vorgehensweise.

Sobald der Täter jedoch von Ermittlungen gegen ihn erfährt, wird er ihn belastendes Material vernichten. Dies erschwert die Ermittlungen erheblich und führt oft zu einer Einstellung des Verfahrens. Verschärft wird die Situation noch dadurch, dass die Vertreiber von falsch gekennzeichneten Waren zumeist in weit verzweigte Organisationen eingegliedert sind und die Inanspruchnahme eines

⁹⁵⁶ Amtl. Begründung zum neuen MarkenG, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, 7. Abs. zu § 143 (S. 120).

⁹⁵⁷ Braun, Produktpiraterie, 5. Kapitel II. 1. (S. 301).

einzelnen Händlers oder Mittelsmanns für sich genommen noch keine Abhilfe schafft. Vielmehr lässt sich den gewerbsmäßigen Fällen von Zeichenverletzungen dauerhaft nur dann Einhalt gebieten, wenn es gelingt, Informationen über die Hintermänner zu erhalten, um das gesamte Vertriebsnetz zu zerschlagen.⁹⁵⁸

Häufig angezeigt aber auch aufwendig ist daher die Durchführung von Durchsuchungs- und Beschlagnahmemaßnahmen. Diese Ermittlungsmaßnahmen zur Beweissicherung und -blockierung werden nachfolgend kurz erörtert. Angesichts der oft grenzüberschreitenden Tathandlungen sind auch die Möglichkeiten der Grenzbeschlagnahme durch die Zollbehörden von besonderer Relevanz. Diese sollen im nächsten Kapitel im Rahmen der Darstellung der internationalen und europäischen Bemühungen zum Schutz von Marken dargestellt werden.

Für den Schutzrechtsinhaber haben die Ermittlungsmaßnahmen insofern Bedeutung, als er nach Einschaltung eines Rechtsanwalts nach § 406e StPO Einsicht in die Ermittlungsakten und die amtlich verwahrten Beweisstücke nehmen kann. Von der Obliegenheit der Darlegung des berechtigten Interesses ist er nach §§ 406e Abs. 1 S. 2, 395 Abs. 2 Nr. 3, 374 Abs. 1 Nr. 8 StPO befreit. Dadurch wird die parallel vorgenommene zivilrechtliche Verfolgung der Kennzeichenverletzung erleichtert oder sogar erst ermöglicht. Aber auch im Strafverfahren können die Ermittlungsergebnisse vom Schutzrechtsinhaber verwendet werden, wenn er sich einer öffentlichen Klage als Nebenkläger anschließt oder Privatklage erhebt.⁹⁵⁹

1. *Durchsuchung, Sicherstellung und Beschlagnahme*

Als Tatnachweis kommen in Markenstrafsachen vor allem die mit den verletzenden Zeichen versehenen Waren oder Kennzeichnungsmittel nach § 14 Abs. 4 Nr. 1 wie Etiketten oder Aufnäher in Betracht. Auch die Werkzeuge und Hilfsmittel zur Begehung der Kennzeichenverletzung sind dafür geeignet. Zum Auffinden dieser Gegenstände kommt vor allem die Durchsuchung beim Verdächtigten oder bei Dritten in Betracht, §§ 102, 103 StPO.

Die Durchsuchung wird grundsätzlich vom Richter angeordnet, § 105 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. Bei Gefahr im Verzug kann sie auch von der Staatsanwaltschaft oder ggf. von der Polizei beschlossen werden, § 105 Abs. 1 S. 1, 2. Alt. StPO. Zu beachten ist jedoch, dass nach der neueren Rechtsprechung des BVerfG Durchsuchungen ohne richterlichen Beschluss nicht mehr ohne weiteres zulässig sind.⁹⁶⁰ Vielmehr

⁹⁵⁸ Götting, Horst-Peter, Die Entwicklung neuer Methoden der Beweisbeschaffung zur Bekämpfung von Schutzrechtsverletzungen, GRUR Int. 1988, 729.

⁹⁵⁹ Vgl. dazu unten C. IV. 2. und 3.

⁹⁶⁰ BVerfG vom 20. Februar 2001, NStZ 2001, 382; Kruis/Wehowsky, Verfassungsgerichtliche Leitlinien zur Wohnungsdurchsuchung; NJW 1999, 682.

müssen im Hinblick auf das Gewicht des Art. 13 Abs. 1 GG die Gründe für das Vorliegen von Gefahr in Verzug nunmehr ausführlich dokumentiert werden. Auch ist in dem Antrag auf Erlass eines Durchsuchungsbefehls zu begründen, wo durchsucht werden soll und nach welchen Beweismitteln. Die Verdachtsmomente müssen angegeben werden, damit der Betroffene beurteilen kann, ob sich die Durchsuchung in dem richterlich erlaubten Rahmen hält.⁹⁶¹ Wenn die Ermittlungen am Anfang stehen, genügt es, den Tatvorwurf knapp zu umreißen.⁹⁶² Dies sollte im Markenstrafrecht normalerweise keine Probleme bereiten, da die Ermittlungsbehörden meist über ausreichende Informationen über die in Verkehr gebrachten Verletzungsgegenstände verfügen. Anders stellt sich dies im Patentstrafrecht dar, bei dem Ermittlungen meist auf Schwierigkeiten stoßen, weil die Ermittlungsgegenstände meist nur in der Geheimsphäre des Betriebes, d. h. im Verborgenen benutzt werden.⁹⁶³

Die Durchsuchungsanordnung muss ausreichende tatsächliche Angaben über den Inhalt des Tatvorwurfs enthalten⁹⁶⁴ und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren, damit die mit der Durchsuchung verbundene Belästigung in einem angemessenen Verhältnis zum Gewicht der Tat steht. So wird bspw. im Urheberrecht von den zur Überprüfung der Durchsuchungsanordnung angerufenen Gerichten die Verhältnismäßigkeit der Durchsuchung manchmal bemängelt, wenn sich der Tatverdacht nur auf einige unerlaubt vervielfältigte Tonträger bezieht. Gleiches könnte im Markenstrafrecht gelten, sofern sich der Anfangsverdacht nur auf einige wenige kennzeichenverletzende Waren beschränkt. In diesen Fällen wäre die Staatsanwaltschaft zur Beweissicherung auf die Vernehmung von Zeugen oder auf die Einholung sachverständiger Äußerungen angewiesen. In manchen Fällen kann die Begehung der Tat auch durch Testkäufe nachgewiesen werden.

Dennoch wird in der Praxis beim Verdacht einer Kennzeichenverletzung von der Durchsuchung recht häufig Gebrauch gemacht. Nach Angaben einiger Staatsanwälte führe sie meist nicht nur zur Auffindung und Sicherstellung der mit gefälschten Kennzeichen versehenen Waren, sondern diene auch der Disziplinierung der Täter. Auch steige im Falle einer erfolgreichen Durchsuchung naturgemäß die Kooperationsbereitschaft der Täter erheblich. Das Verfahren kann in diesem Fall schnell – überwiegend durch Strafbefehl und Verzicht auf Rückgabe der gefälschten Waren – erledigt werden.

⁹⁶¹ BVerfG vom 6. März 2002, NStZ 2002, 372; vom 5. Dezember 2002, StV 2003, 203, 205 (st. Rspr).

⁹⁶² BVerfG vom 9. November 2001, NStZ 2002, 212.

⁹⁶³ Krieger, Durchsetzung gewerblicher Schutzrechte in Deutschland und die TRIPS-Standards, GRUR Int. 1997, 421 (426).

⁹⁶⁴ BVerfG vom 21. Juni 1994, NJW 1994, 3281.

Durchgeführt wird die Durchsuchung von Wohn- und Geschäftsräumen zum Zwecke des Auffindens von Beweismitteln, zum Zweck der Ergreifung des Verdächtigten sowie der Suche nach Verfall- und Einziehungsgegenständen zum Zweck der Beschlagnahme in normalen Fällen und daher auch im Kennzeichenstrafrecht von den Polizeibeamten. Sofern bei der Durchsuchung Gegenstände von Beweisbedeutung aufgefunden werden, können diese sichergestellt werden, § 94 Abs. 1 StPO. Zufallsfunde, die eine Straftat, nicht jedoch das vorliegende Verfahren betreffen, können ebenfalls sichergestellt werden, § 108 StPO.

Die Beweisbedeutung ist im Kennzeichenrecht für die kennzeichenverletzenden Waren, Kennzeichenmittel sowie die zur Vornahme der – sehr umfassenden – Tat-handlungen notwendigen Werkzeuge normalerweise problemlos festzustellen. Zu beachten ist lediglich, dass aufgrund des für die §§ 143 ff. MarkenG notwendigen Tatvorsatzes nicht jede markenrechtliche Konfliktsituation eine Beweissicherung nach den §§ 94 ff. StPO rechtfertigt. Jedoch kann bei identischer oder stark angenäherter Übernahme des älteren Zeichens in Verbindung mit identischen oder ähnlichen Waren dem Beschuldigten zumindest bedingter Vorsatz unterstellt werden.⁹⁶⁵

Sofern Gegenstände im Gewahrsam einer Person sind, müssen diese auf Nachfrage vorgelegt und ausgeliefert werden § 95 Abs. 1 StPO. Herauszugeben ist nicht nur die widerrechtlich gekennzeichnete Ware und Produktionsvorrichtungen sondern alles, was der Überführung des Täters dienen kann, also auch Rechnungen, Quittungen, Bestellungen, Lieferscheine etc.⁹⁶⁶ Zu beachten ist jedoch, dass die Durchsicht von Papieren des Betroffenen gemäß § 110 Abs. 1 StPO dem Staatsanwalt vorbehalten ist, soweit der Berechtigte dem Polizeibeamten nicht eine ausdrückliche Gestattung erteilt. Dies dient der Entscheidungsfindung, ob die Papiere als Beweisgegenstand im Wege der Beschlagnahme in Betracht kommen oder zurückzugeben sind.⁹⁶⁷ Die Verpflichtung zur Herausgabe trifft jedermann, also auch den Endabnehmer, der Piratenware zum privaten Gebrauch erworben hat.⁹⁶⁸ Im Falle der Weigerung bestehen die üblichen Ordnungs- und Zwangsmittel, §§ 95 Abs. 2, 70 StPO. Wenn ein Gegenstand nicht freiwillig herausgegeben wird, bedarf es einer Beschlagnahmeanordnung, §§ 94 Abs. 2, 98 ff. StPO.

Diese Art der Sicherstellung erfasst jedoch nur Einzelstücke der kennzeichenverletzenden Waren, soweit sie nämlich zu Beweis Zwecken erforderlich sind. Eine darüber hinausgehende Beschlagnahme würde gegen den Verhältnismäßigkeits-

⁹⁶⁵ Wölfel, Rechtfolgen von Markenverletzungen, 3. Kapitel, B. 1. (S. 144).

⁹⁶⁶ Winter, Die internationale Markenpiraterie – Ein Prüfstein unseres Rechts gegen den Missbrauch des freien Warenverkehrs, GRUR 1981, 782 (784).

⁹⁶⁷ Meyer-Goßner, StPO, § 110 RN 2.

⁹⁶⁸ Wölfel, Rechtfolgen von Markenverletzungen, 3. Kapitel, B. 1. (S. 144); Winter, aaO (784).

grundsatz verstoßen. Insofern kann also nicht der gesamte Lagervorrat sichergestellt werden⁹⁶⁹, was das Risiko einer Beiseiteschaffung durch den Verdächtigen in sich birgt. Hier empfiehlt sich zur Blockierung der Waren die förmliche Beschlagnahme oder der dingliche Arrest nach den §§ 111b ff. StPO, da im Markenstrafverfahren die meisten Beweisgegenstände regelmäßig als Einziehungsgegenstände nach § 143 Abs. 5 MarkenG in Betracht kommen. In Zusammenhang mit der Erweiterung der Einziehungsmöglichkeiten⁹⁷⁰ nach §§ 143 Abs. 5 S. 2, 74 Abs. 4 StGB, wonach z.B. nunmehr auch die Gegenstände der Tat selbst eingezogen werden können, wird diese Möglichkeit der Blockierung des gesamten Bestands der nachgeahmten Waren als sehr hilfreich im Kampf gegen gewerbsmäßige Nachahmungen angesehen.⁹⁷¹

Die Beschlagnahme erlischt mit Rechtskraft des Urteils bzw. mit Bestandskraft der Einstellungsverfügung. Dann müssen auch einziehbare Gegenstände zurückgegeben werden, solange die Einziehung nicht im Urteil angeordnet wird. Der Beschuldigte kann jedoch formlos auf deren Rückgabe verzichten, was im Kennzeichenstrafrecht sowohl im Ermittlungsverfahren als auch im gerichtlichen Verfahren ganz überwiegend im Rahmen einer „Einigung“ geschieht.

2. *Sicherung der Ausgleichsansprüche des Verletzten*

Wenn der Täter aus einer Kennzeichenverletzung rechtswidrige Vermögensvorteile erzielt, kommt die Anordnung des Verfalls, §§ 73 – 73e StGB, in Betracht.⁹⁷² Zur Abschöpfung dieser Gewinne ist daher nicht nur die Beschlagnahme zur Einziehung, sondern auch eine Sicherstellung bzw. Beschlagnahme der dem Verfall unterliegenden illegalen Gewinne und Vermögenswerte nach §§ 111b, 111c StPO möglich. Zu erwähnen ist, dass oftmals die von den Tätern durch die Kennzeichenverletzung erlangten Gewinne bereits kurz nach Beginn der Ermittlungen nicht mehr vorhanden sind und sich die Täter als mittellos darstellen.

Sofern jedoch die Verfallsvoraussetzungen aufgrund § 73 Abs. 1 S. 2 StGB nur deshalb nicht vorliegen, weil dem Verletzten ein zivilrechtlicher Ausgleichsanspruch zusteht und daher eigentlich die Sicherstellung nach § 111b StPO nicht zulässig wäre, lässt § 111b Abs. 5 StPO die Sicherstellung dennoch zu. Eine Sicherstellung erfolgt in diesen Fällen als sog. „Zurückgewinnungshilfe“, nämlich zur Sicherung von Schadensersatzansprüchen des Verletzten nach §§ 14 Abs. 6, 15 Abs. 5 MarkenG bzw. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 143 ff. MarkenG. Die Zurückgewinnungshilfe führt für den Geschädigten zu einer Erleichterung der Durchset-

⁹⁶⁹ Meyer-Goßner, StPO, § 94 RN 19; Braun, Produktpiraterie, Kapitel 5 II. 2. (S. 301).

⁹⁷⁰ Dazu unten D. II. 1.

⁹⁷¹ Braun, Produktpiraterie, Kapitel 5 II. 2. (S. 302).

⁹⁷² Dazu unten D. II. 2.

zung seiner aus der strafbaren Schutzrechtsverletzung entstandenen zivilrechtlichen Ausgleichsansprüche, da die Tatgewinne und Vermögenswerte des Täters für die Zwangsvollstreckung des Zeicheninhabers praktisch bereitgestellt werden.⁹⁷³ Die Gewinnabschöpfung bei den Tätern wird erleichtert, was eine weitere Maßnahme zur effektiveren Bekämpfung der Markenpiraterie darstellt.

Der Zugriff des verletzten Kennzeicheninhabers auf die beschlagnahmten Tatgewinne oder die arrestierten Vermögenswerte erfolgt durch einen Antrag auf Zulassung der Zwangsvollstreckung in den Gegenstand oder durch Zulassung der Arrestvollziehung, § 111g StPO. Nach Zulassung der entsprechenden Anträge durch den Richter, der auch die Beschlagnahme angeordnet hat, kann die Befriedigung erfolgen.

3. *Sonstige Maßnahmen*

Neben den traditionellen Zwangsmitteln sind im Einzelfall auch im markenstrafrechtlichen Ermittlungsverfahren die erst in jüngerer Zeit in die StPO aufgenommenen Maßnahmen wie der Einsatz technischer Mittel nach §§ 100c Abs. 1 Nr. 1 a) – Anfertigen von Lichtbildern und Bildaufzeichnungen – und b) – Einsatz sonstiger technischer Hilfsmittel wie Peilsender etc. – außerhalb der Wohnung grundsätzlich möglich, wobei bei Nr. 1 b) die Maßnahme eine Straftat von erheblicher Bedeutung betreffen muss. Dagegen ist das Abhören und Aufzeichnen des nichtöffentlich gesprochenen Wortes nach § 100 c Abs. 1 Nr. 2 StPO sowie die Telefonüberwachung nach § 100a StPO im Markenstrafrecht nicht zulässig, da keine der abschließend aufgeführten Katalogtaten vorliegt. Ob diese zum Teil aufwendigen Mittel in Kennzeichenstrafverfahren tatsächlich angewandt werden, ist nicht bekannt. Letztlich ist bei deren Anordnung neben den gesetzlich geregelten Voraussetzungen stets das Verhältnismäßigkeitsgebot zu beachten.

In diesem Zusammenhang bleibt jedoch zu erwähnen, dass der Einsatz von V-Männern auf dem Gebiet des Markenstrafrechts als zulässig angesehen wurde. Angesichts der drohenden Gefahr durch die „Schattenwirtschaft“ und der schweren Aufklärbarkeit dieser Form der Kriminalität ging das LG Heilbronn bei einem umfangreichen Schmuggel von gefälschten Markenuhren von der Verhältnismäßigkeit des Einsatzes von Untergrundagenten aus.⁹⁷⁴ Dieser Ansicht ist zuzustimmen, sofern alle anderen Ermittlungsmöglichkeiten zum Tatnachweis nicht

⁹⁷³ Hees, Zurückgewinnungshilfe zu Gunsten der Opfer von Marken- und Produktpiraterie, GRUR 2002, 1037 (1039).

⁹⁷⁴ LG Heilbronn vom 19. März 1984, NJW 1985, 874; Die Revision wurde vom OLG Stuttgart durch Beschluss vom 12. November 1984 als unbegründet verworfen.

ausreichen. Gleichfalls sollte auch der Einsatz verdeckter Ermittler nach § 110a Abs. 1 Nr. 3 StPO im Fall der gewerbsmäßigen Kennzeichenverletzung grundsätzlich zulässig sein.

III. Abschlussverfügungen

Nach Abschluss der Ermittlungen ist zwischen der Anklageerhebung – inklusive dem Antrag auf Erlass eines Strafbefehls – und den verschiedenen Arten der Verfahrenseinstellung (dazu 1. bis 4.) zu unterscheiden.

1. Anklageerhebung / Strafbefehl

Wenn sich aus den Ermittlungen der Staatsanwaltschaft ein hinreichender Tatverdacht gegen den Beschuldigten ergeben hat und eine Verurteilung nach den §§ 143 ff. MarkenG wahrscheinlich ist, kommt es zum Abschluss der Ermittlungen nach § 169a StPO und zur Erhebung der öffentlichen Klage. Hierbei hat die Staatsanwaltschaft einen Beurteilungsspielraum, der Grundsatz „in dubio pro reo“ muss nicht angewendet werden. Die Klärung letzter Zweifel bleibt vielmehr der Hauptverhandlung überlassen, zumal bspw. auch die eidliche Vernehmung der Zeugen dem Richter vorbehalten ist. Zu beachten ist, dass vor Anklageerhebung der Beschuldigte vernommen sein muss oder zumindest Gelegenheit zur Äußerung gehabt haben muss, § 163a StPO.

Mindestinhalt der einzureichenden Anklageschrift sind die Angabe des Angeeschuldigten, die ihm zur Last gelegte Tat mit Zeit und Ort der Begehung, die gesetzlichen Merkmale der Tat, die angewendeten Strafvorschriften sowie die Beweismittel, § 200 StPO. Das angerufene Gericht und der Verteidiger müssen ebenfalls bezeichnet werden.

Als Surrogat zur Anklageschrift kann die Staatsanwaltschaft auch einen Antrag auf Erlass eines Strafbefehls stellen, §§ 407 ff. StPO. Auch dadurch wird öffentliche Klage erhoben, § 407 Abs. 1 S. 4 StPO, weshalb an diesen Antrag die gleichen Anforderungen hinsichtlich der dargestellten Formerfordernisse zu stellen sind. Zusätzlich sind die konkret zu verhängenden Rechtsfolgen zu nennen, da der Strafbefehlsantrag dem vom Richter erlassenen Strafbefehl entsprechen muss, §§ 408 Abs. 3, 409 Abs. 1 Nr. 6 StPO. Strafbefehle gegen Heranwachsende sowie im Falle von Verbrechen sind nicht möglich, wobei letzteres im Markenstrafrecht keine Rolle spielt. Als Strafen kommen nur die in § 407 Abs. 2 S.1 Nr. 1 bis 3 und S. 2 aufgeführten Rechtsfolgen in Betracht. Für das Kennzeichenrecht kommt hier insbesondere die Geldstrafe, die Verwarnung mit Strafvorbehalt oder – im Falle der Verteidigerbestellung – eine Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr, ausgesetzt zur Bewährung, in Betracht. Auch die Festsetzung von Nebenstrafen wie der Verfall oder die Einziehung ist möglich.

Nach Eingang des Antrags prüft der Richter Sachverhalt und Rechtslage. Stimmt er voll mit dem Staatsanwalt überein, wird der Strafbefehl von ihm unterschrieben und dem Angeklagten zugestellt. Eine öffentliche Zustellung des Strafbefehls ist nicht zulässig,⁹⁷⁵ da der Angeklagte in diesem Fall eventuell nichts von seiner Bestrafung erfährt. Gegen den Strafbefehl kann innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung Einspruch eingelegt werden, § 410 StPO. In diesem Fall kommt es zur Anberaumung eines Termins zur Hauptverhandlung, § 411 Abs. 1 S. 2 StPO, wobei das Gericht nicht an den Strafbefehl gebunden ist. Das Verschlechterungsverbot gilt nicht, wobei aber im Falle einer möglichen höheren Bestrafung ein Hinweis üblich ist, um die Rücknahme des Einspruchs zu ermöglichen. Fehlt nach Ansicht des Gerichts im Strafbefehlsantrag hingegen der hinreichende Tatverdacht, wird die Eröffnung durch Beschluss abgelehnt. Dagegen kann die Staatsanwaltschaft sofortige Beschwerde einlegen.

Durch das im Gegensatz zur Hauptverhandlung meist einfachere und schnellere Verfahren werden die Gerichte erheblich entlastet. So muss nicht in jedem Fall eine mündliche Verhandlung durchgeführt werden. Daher werden ausweislich der Strafverfolgungsstatistik 2001 ca. 90% aller bei den Amtsgerichten eingehenden Anklagen in diesem Verfahren durchgeführt. Dies gilt auch im Markenstrafrecht, wo die Staatsanwaltschaften – wenn überhaupt – meist Strafbefehle beantragen.⁹⁷⁶

2. *Einstellung mangels Tatverdachts oder fehlender Täterermittlung*

Sofern im Zuge der Ermittlungen kein Täter einer Markenverletzung nachgewiesen werden kann – bspw. weil dieser im Ausland nicht auffindbar ist – oder dem Beschuldigten die Tat nicht ohne vernünftige Zweifel nachgewiesen werden kann, liegen die Voraussetzungen für die Erhebung der öffentlichen Klage nicht vor und das Verfahren muss nach dem Legalitätsprinzip eingestellt werden, § 170 Abs. 2 StPO. Dies kommt im Markenstrafrecht manchmal vor, wenn dem Beschuldigten der Vorsatz nicht nachgewiesen werden kann. In einigen Fällen kann auch die behauptete Privatnutzung nicht entkräftet werden.

Sofern die Ermittlungen aufgrund einer Strafanzeige bzw. einem Strafantrag erfolgten, ist der Anzeigerstatter zu informieren und über die Möglichkeit der fristgebundenen Beschwerde im Klageerzwingungsverfahren nach § 172 Abs. 1 StPO zu belehren, § 171 aE StPO. Die Belehrung entfällt bei Vorliegen eines Privatklagedelikts, bei dem es kein Klageerzwingungsverfahren gibt, § 172 Abs. 2 S. 3 StPO.

⁹⁷⁵ OLG Düsseldorf vom 19. Februar 1997, NJW 1997, 2965.

⁹⁷⁶ Zum tatsächlichen Ablauf der Ermittlungen im Markenstrafrecht vgl. die Ausführungen im 5. Kapitel C. und D.

3. *Einstellung durch Verweisung auf den Privatklageweg*

Aufgrund der Einordnung der Grundtatbestände der §§ 143 Abs. 1, 143a Abs. 2 und 144 Abs. 1 und 2 in den Kanon der Privatkloedelikte nach § 374 Abs. 1 Nr. 8 StPO muss die Staatsanwaltschaft neben den sonstigen materiell-rechtlichen und prozessualen Verfolgungsvoraussetzungen prüfen, ob ein öffentliches Interesse an der Klageerhebung besteht, § 376 StPO. Das öffentliche Interesse⁹⁷⁷ ist vom engeren besonderen öffentlichen Interesse des § 143 Abs. 4 MarkenG – welches den ansonsten erforderlichen Strafantrag ersetzt – zu unterscheiden. Jedoch beinhaltet die Bejahung des besonderen öffentlichen Interesses stets auch das Vorliegen des öffentlichen Interesses.

Fehlt das öffentliche Interesse, wird das Verfahren wegen eines Prozesshindernisses nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt und der Kennzeicheninhaber auf den Privatklageweg verwiesen.⁹⁷⁸ Dieser Fall ist im Markenstrafrecht sehr selten, da die Staatsanwaltschaft entweder das besondere öffentliche Interesse bejaht oder das Verfahren nach den §§ 153 ff. StPO einstellt.⁹⁷⁹ Ein Vorgehen des Markeninhabers gegen diese Opportunitätseinstellungen soll nach h.M. nicht möglich sein.⁹⁸⁰

4. *Einstellung trotz Tatverdachts*

Oftmals kommt es aber auch in Fällen des Tatnachweises einer Kennzeichenverletzung oder zumindest dem Vorliegen eines erheblichen Tatverdachts nicht zu einer Anklageerhebung. Auch in diesen Fällen erfolgt eine Einstellung nach dem Opportunitätsprinzip, wobei diesen Vorschriften eine erhebliche praktische Bedeutung im Markenstrafrecht zukommt. Die wichtigsten Einstellungsmöglichkeiten sollen nachfolgend kurz dargestellt werden.

a) *Einstellung wegen Geringfügigkeit*

Die Staatsanwaltschaft kann zunächst von der Verfolgung der Tat wegen Geringfügigkeit absehen, wenn die Schuld des Täters gering ist und kein öffentliches Interesse an der Verfolgung besteht, § 153 StPO. Dies führt dazu, dass der Beschuldigte wegen der Tat nicht bestraft wird. Das Verschulden wird als gering angesehen, wenn es im Vergleich mit Vergehen gleicher Art nicht unerheblich unter dem Durchschnitt liegt.⁹⁸¹ Dabei gelten die in § 46 Abs. 2 StGB aufgeführten Straf-

⁹⁷⁷ Nr. 86, 229, 232, 233 RiStBV.

⁹⁷⁸ Zur Privatklage vgl. unten C. IV. 2.

⁹⁷⁹ Cremer, Die Bekämpfung der Produktpiraterie, Mitt. 1992, 153 (160), spricht davon, dass ihm die Erhebung der Privatklage bei einigen hundert betreuten Verfahren nur zweimal vorgekommen sei.

⁹⁸⁰ LG Mönchengladbach, StB 1987, 335, str.

⁹⁸¹ Meyer-Goßner, StPO, § 153 RN 4.

zumessungserwägungen. In der Praxis wird insbesondere eine Vorbestrafung, ein Vergleich mit durchschnittlichen Kennzeichenverstößen sowie eine täterbezogene Schuldanalyse als Kriterien berücksichtigt. Sollte danach eine Einstellung in Frage kommen, ist die Zustimmung des Gerichts einzuholen. Diese kann in bestimmten Fällen, bspw. bei geringem Schaden, entbehrlich sein, § 153 Abs. 1 S. 2 StPO.

Aufgrund des insoweit erheblichen Ermessensspielraums der Staatsanwaltschaft wird in vielen Fällen von Kennzeichenverletzungen großzügig eingestellt, was angesichts der Arbeitsbelastung und der damit einhergehenden Konzentration auf vermeintlich „schwerere“ Fälle zwar verständlich, im Lichte des Legalitätsgrundsatzes aber kritikwürdig ist. Denn eine Abschreckung der Täter findet im Fall des § 153 StPO nicht statt. Trotzdem überwiegt gerade im Wirtschaftsstrafrecht diese Form der Einstellung die des § 153a StPO bei Weitem.⁹⁸² Insbesondere werden Verfahren auch bei höheren Schäden nach § 153 Abs. 1 StPO eingestellt. Im Durchschnitt schätzt man die Schadenswerte der so eingestellten Verfahren immerhin auf EUR 3.000,00.⁹⁸³

b) Einstellung gegen Auflagen

Eine weitere Möglichkeit der Verfahrensbeendigung ist die Einstellung des Verfahrens nach Erfüllung von Auflagen, sofern damit – bei geringer Schuld des Beschuldigten – das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung beseitigt wird, § 153a StPO. Es handelt sich um ein vereinfachtes Erledigungsverfahren im Bereich der kleineren Kriminalität mit Beschleunigungs- und Entlastungseffekt, um verurteilungslose Friedensstiftung ohne Verzicht auf Sanktionen, aber ohne Strafe und Eintrag ins Vorstrafenregister. Die Einstellung erfolgt vorläufig und nach Einholung der ggf. erforderlichen Zustimmung des Gerichts durch Mitteilung an den Beschuldigten. Dieser muss der Einstellung zustimmen und wird zudem aufgefordert, eine der in § 153a Abs. 1 Nr. 1 bis 4 StPO bestimmten Auflagen zu erfüllen. Hier kommt für das Markenstrafrecht wohl nur die Entrichtung einer Geldbuße zugunsten einer gemeinnützigen Einrichtung nach Nr. 2 in Betracht. Sofern die Auflage nicht erfüllt wird, lebt das Verfahren wieder auf. Andernfalls wird das Verfahren endgültig eingestellt.

Diese Form der Einstellung ist im Markenstrafrecht sinnvoll und zweckmäßig bei nicht vorbestraften und geständigen Kennzeichenverletzern und einer nur geringen Anzahl von gefälschten Waren. Die Verhängung einer Geldbuße ist in diesen

⁹⁸² Im Jahr 1997 wurden ca. 23% der Verfahren in Wirtschaftsstrafsachen nach § 153 StPO eingestellt und nur 6% nach § 153a, 1. Periodischer Sicherheitsbericht des Bundesregierung 2001 (PSB), 2.4.6.2. (S. 154); vgl. dazu 5. Kapitel C.

⁹⁸³ PSB, 2.4.6.2. (S. 154).

Fällen angebracht, um das Unrecht der Tat zu verdeutlichen.⁹⁸⁴ Bei einer Einstellung nur nach § 153 StPO wird der Eindruck von Kennzeichenverletzungen als Kavaliersdelikt nach diesseitiger Ansicht noch verstärkt.

c) Einstellung bei Mehrfachtätern / Beschränkung der Verfolgung

Sofern die Bestrafung wegen Kennzeichenverletzung im Vergleich zu einer weiteren prozessualen Tat nach den §§ 155, 264 StPO nicht beträchtlich ins Gewicht fällt, kommt eine Einstellung des markenstrafrechtlichen Ermittlungsverfahrens nach § 154 StPO in Betracht. Im Gegensatz zum Absehen von der Verfolgung nach den 153, 153a StPO wird in diesen Fällen aus Rücksicht auf eine anderweitig zu erwartende bzw. bereits erfolgte Bestrafung auf ein weiteres Vorgehen verzichtet. Prozentzahlen lassen sich dafür nicht festlegen⁹⁸⁵, in der Praxis wird eine Einstellung in der Regel dann in Frage kommen, wenn die durch Einstellung bedingte Reduzierung der Strafe etwa ein Viertel beträgt. Die Entscheidung obliegt alleine der Staatsanwaltschaft, eine Zustimmung des Gerichts ist nicht erforderlich. Dem Anzeigerstatter wird die Entscheidung mitgeteilt, ein Klageerzwingungsverfahren ist auch hier nicht möglich, § 172 Abs. 2 S. 3 StPO. Eine Rechtskraftwirkung tritt im Übrigen nicht ein, die Staatsanwaltschaft kann jederzeit das Verfahren wieder aufnehmen und bspw. Anklage erheben.

Von dieser Form der Einstellung zu trennen ist die nach § 154a StPO mögliche Beschränkung des Anklagestoffs innerhalb einer prozessualen Tat. Damit soll der Prozessstoff vereinfacht werden, vgl. Nr. 101a Abs. 1 RiStBV. Das Vergehen der Kennzeichenverletzung kann im Rahmen einer Tat von der Verfolgung ausgenommen werden, bspw. wenn sich die Aufklärung dieser Tat als zu aufwändig gestaltet.

d) Einstellung bei Vorfragen

Sofern die Anklageerhebung von der Klärung zivilrechtlicher Vorfragen abhängt, kann die Staatsanwaltschaft dem Anzeigerstatter aufgeben, diese zunächst im entsprechenden Verfahren klären zu lassen, §§ 154d StPO. Im Stadium der Hauptverhandlung ist diese Anordnung auch dem Gericht möglich, § 262 Abs. 2 StPO. Nach fruchtlosem Ablauf einer dazu gesetzten Frist kann das Verfahren eingestellt werden. Grund für diese Regelung ist der Schutz der Staatsanwaltschaften vor Streitigkeiten, die in erster Linie zivil- oder verwaltungsrechtliche Bedeutung haben. Die Durchführung schwieriger Beweiserhebungen soll ihnen in

⁹⁸⁴ Dahn, § 153a StPO - ein „Allheilmittel“ der Strafrechtspflege, NJW 1996, 1192, spricht von einem überraschend hohen Stellenwert des § 153a StPO als Mittel der Resozialisierung.

⁹⁸⁵ Meyer-Goßner, StPO, § 154 RN 7.

den Fällen erspart bleiben, in denen es den Anzeigenden vor allem darauf ankommt, das Strafverfahren für eigene Zwecke, bspw. als Druckmittel auf einen Gegner zu benutzen.⁹⁸⁶

Demgegenüber sollen rein rechtliche Schwierigkeiten oder der Umfang eines zivilrechtlichen Streitstoffes bei der Bearbeitung nicht ausreichen.⁹⁸⁷ Das Vorliegen eines schwierig zu beurteilenden Grenzfalles von Verwechslungsgefahr genügt daher nicht, es sei denn es ist offensichtlich, dass der Anzeigeersteller den zivilrechtlichen Kennzeichenkonflikt durch die Staatsanwaltschaft beurteilen lassen will. Richtigerweise ist die „rechtliche Schwierigkeit“ von der „Beweisschwierigkeit“ abzugrenzen.⁹⁸⁸ Dass die Staatsanwaltschaften sich möglicherweise mit Grenzfragen der möglichen Auslegung der Tatbestandsmerkmale befassen müssen, genügt nicht zur Verweisung an die Zivilgerichtsbarkeit.⁹⁸⁹ Der Gesetzgeber hat auch in diesen Fällen durch den Verweis der strafrechtlichen Normen auf die zivilrechtlichen Tatbestände gezeigt, dass im Rahmen des Strafverfahrens diese Vorschriften und ihre etwaigen Auslegungstreitigkeiten zu prüfen sind. Insofern kann dann auch die Einschaltung der Ermittlungsbehörden selbst in rechtlich schwierigen Grenzfällen der Strafbarkeit nicht per se unzulässig sein.

Gleichwohl dürfte die praktische Relevanz dieser Möglichkeit gering sein angesichts der Tatsache, dass die Staatsanwaltschaften meist nur in mehr oder weniger eindeutigen Verletzungsfällen – und sei es auch als Druckmittel – angerufen werden. Die Strafverfolgung beschränkt sich - wie im 5. Kapitel nachgewiesen wird - ganz überwiegend auf „klare“ Fälle von Zeichenverletzungen.

C. Gerichtliches Verfahren

Mit der Erhebung der Anklage tritt Anhängigkeit des Verfahrens ein, der beschuldigte Kennzeichenverletzer wird zum Angeschuldigten, § 157 StPO. Die Anklageschrift wird ihm zugestellt und eine Frist zur Stellungnahme eingeräumt, § 201 StPO. Sofern der Angeschuldigte im bisherigen Verfahren noch nicht durch einen Verteidiger vertreten war, muss im Markenstrafrecht i.d.R. auch kein notwendiger Verteidiger bestellt werden. Denn so gut wie nie findet die Hauptverhandlung erstinstanzlich vor dem Landgericht statt, § 140 StPO Nr. 1 StPO.⁹⁹⁰ Auch ein Berufsverbot kommt aufgrund der unten dargestellten Hürden für die Anordnung

⁹⁸⁶ Meyer-Goßner, StPO, § 154d RN 1 nennt hier insbesondere Urheberrechtsverletzungen; v.

Gravenreuth, Strafverfahren wegen Verletzung von Patenten etc., GRUR 1983, 349 (353).

⁹⁸⁷ Meyer-Goßner, StPO, § 154d RN 1.

⁹⁸⁸ Hildebrandt, Die Strafvorschriften des Urheberrechts, 7. Kapitel A. IV. 1. (S. 368).

⁹⁸⁹ Anderer Ansicht ist Gravenreuth, Strafverfahren wegen Verletzung von Patenten etc., GRUR 1983, 349 (354).

⁹⁹⁰ Vgl. 5. Kapitel D. 3. d). ee).

desselben so gut wie nie in Frage, § 140 Abs. 1 Nr. 3 StPO. Und schließlich wird auch die Schwere der Tat oder die Schwierigkeit des Falls meist keine Pflichtverteidigung gebieten, § 140 Abs. 2 StPO.

Im Rahmen der Eröffnungsberatung prüft das Gericht zunächst seine örtliche und sachliche Zuständigkeit (dazu I.) Danach wird festgestellt, ob hinreichender Tatverdacht besteht. In diesem Fall ergeht ein Eröffnungsbeschluss, §§ 203, 206, 207 StPO. Der Angeschuldigte wird zum Angeklagten und das Gericht legt einen Termin zur Hauptverhandlung fest (dazu II.). Diese wird abgeschlossen durch Einstellung des Verfahrens, Urteil oder Freispruch (dazu III.).

Über dieses „normale“ Verfahren hinausgehend sind im Kennzeichenstrafrecht auch besonderen Verfahrensarten wie das Adhäsionsverfahren oder die Beteiligung des Verletzten im Rahmen der Nebenklage möglich (dazu IV.). Schließlich soll die mögliche Verfahrensaussetzung – etwa im Fall eines parallelen Nichtigkeits- oder Verletzungsverfahrens – sowie der Einfluss später ergangener Entscheidungen – etwa die nachträgliche Löschung der verletzten Kennzeichnung – auf die Strafbarkeit (dazu V.) erörtert werden.

I. Zuständigkeit der Strafgerichte

Sachlich zuständig für Markenstrafverfahren sind die Wirtschaftsstrafkammern der Landgerichte, soweit solche Verfahren in die Zuständigkeit einer großen Strafkammer fallen, §§ 6a StPO, 74 c Abs. 1 Nr. 1 GVG. Dies ist nach § 74 Abs. 1, 24 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 GVG nur dann der Fall, sofern die Zeichenverletzung von besonderer Bedeutung ist oder die Rechtsfolgenkompetenz – Erkennen von Freiheitsstrafe von maximal vier Jahren – des Amtsgerichts nach § 24 Abs. 2 GVG nicht ausreicht.⁹⁹¹ Nach der Intention des Gesetzgebers bei der Verabschiedung des Produktpirateriegesetzes und der damit angehobenen Strafrahmen sollten in schweren Fällen von Markenverletzungen die großen Strafkammern bereits erstinstanzlich, zumindest jedoch als Berufungsinstanz, zuständig sein. Es war beabsichtigt, durch die Konzentration auf einige wenige Wirtschaftsstrafkammern eine einheitlichere Rechtsanwendung zu erreichen.⁹⁹²

In der Praxis ist eine Anklageerhebung bei den Wirtschaftsstrafkammern in rein markenrechtlichen Verfahren jedoch äußerst selten bis gar nicht anzutreffen.⁹⁹³

Die oftmals viel niedrigere Rechtsfolgenerwartung überschreitet nicht die diesbezügliche Kompetenz des Amtsgerichts. Ein im Zuge der Erhebungen zu dieser Arbeit befragter Staatsanwalt führte dem Verfasser gegenüber wörtlich aus: „Die Trauben des LG hängen für diese Art von Fällen viel zu hoch“. Aber auch die be-

⁹⁹¹ Meyer-Goßner, StPO, § 74c GVG, RN 2.

⁹⁹² Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Produktpiraterie vom 15. Juni 1989, BT-Ds 11/4792, S. 26.

⁹⁹³ Vgl. 6. Kapitel D. III. 4. e) Frage 5 – Klageerhebung.

sondere Bedeutung des Falles ist nur dann gegeben, wenn sich der Fall aus der Masse der Verfahren nach oben heraushebt. Alleine ein besonderer Umfang des Verfahrens – bspw. das Vorliegen einer Vielzahl von kennzeichenverletzenden Waren – genügt nicht.⁹⁹⁴

Im Ergebnis sind regelmäßig nur die Amtsgerichte, § 24 Abs. 1 Nr. 2 GVG, sowie die kleine Strafkammer des Landgerichts im Berufungsverfahren zuständig. Üblicherweise dürfte zudem die Zuständigkeit des Einzelrichters gegeben sein, § 25 Nr. 3 GVG. Eine Anklage vor dem LG kommt im Markenrecht wohl allenfalls in Verbindung mit weiteren Straftaten wie Betrug etc. in Betracht.

Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach den §§ 7 ff. StPO. In der Regel ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk die Verletzungshandlungen begangen wurden, oder der Täter seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthaltsort hat, sofern der Ort der Tat im Inland liegt. Eine weitere Konzentration kann sich im Verfahren vor der Wirtschaftsstrafkammer nach 74 c Abs. 3 und 4 StPO ergeben. Danach kann einem in Wirtschaftsstrafsachen sachlich zuständigen Landgericht auch die örtliche Zuständigkeit für die Bezirke mehrerer Landgerichte zugewiesen wurden. Davon haben bislang die Bundesländer Baden-Württemberg, Bayern, Brandenburg, Bremen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Sachsen, Thüringen und Schleswig-Holstein Gebrauch gemacht.⁹⁹⁵ Mit der Konzentration wird gleichzeitig die Zuständigkeit der vor diesem Gericht bestellten Staatsanwaltschaft zuständig, § 143 Abs. 1 GVG.

II. Hauptverhandlung

1. Allgemeines

In der mündlichen und grundsätzlich öffentlichen Verhandlung soll in einem zügigen Verfahren über Schuld oder Unschuld des Angeklagten und gegebenenfalls über Art und Höhe der zu verhängenden Strafe entschieden werden. Der Ablauf der Verhandlung ist in den §§ 243 bis 245, 257 und 258 StPO geregelt. In Bezug auf den Verfahrensgang bestehen im Kennzeichenstrafrecht grundsätzlich keine Besonderheiten, so dass auf die diesbezügliche Literatur verwiesen werden darf. Lediglich auf die in Einzelfällen relevante Bindung des Gerichts an die Tatbestandswirkung der Markeneintragung (dazu 2.) sowie auf die Möglichkeit der Aussetzung (dazu 3.) soll nachfolgend eingegangen werden.

⁹⁹⁴ OLG Düsseldorf vom 13. September 1996, StV 1997, 13.

⁹⁹⁵ Meyer-Goßner, StPO, § 74c GVG, RN 9.

2. Bindung des Verletzungsrichters an die Kennzeicheneintragung

Im Rahmen der Entscheidungsfindung ist insbesondere der zivilrechtliche Grundsatz der Bindung des Verletzungsrichters an die Eintragung der verletzten Marke zu beachten.⁹⁹⁶ Dieser ist im deutschen Markenrecht zwar nicht kodifiziert, wird aber vom BGH in ständiger Rechtsprechung sowie auch von der Kommentarliteratur gebilligt.⁹⁹⁷ Auch in der Gemeinschaftsmarkenverordnung findet sich der Grundsatz, nämlich in Art. 95 GMV. Danach ist eine eingetragene Marke vom Gericht grundsätzlich zu respektieren. Der Einwand des Angeklagten der ursprünglich fehlenden Eintragbarkeit auf Grund absoluter Schutzhindernisse nach § 8 MarkenG oder der fehlenden Markenfähigkeit nach § 3 MarkenG ist insofern unbeachtlich.⁹⁹⁸ Das Gericht hat allenfalls die Möglichkeit der Anwendung der im 3. Kapitel dargestellten markenrechtlichen Schutzschränken. Eine Ausnahme wird nur dann gemacht, wenn sich die Marke nachträglich in eine beschreibende Angabe oder eine Gattungsbezeichnung umgewandelt hat, wobei die Voraussetzungen dafür sehr streng sind.⁹⁹⁹ Sofern dem Verfahren jedoch ein ungeprüftes Schutzrecht – nicht eingetragene Marke, Firmenname, besondere Bezeichnung eines Geschäftsbetriebs, Werktitel etc. zugrunde liegt, muss das Strafgericht die materielle Wirksamkeit des Schutzrechts feststellen.

Fraglich könnte sein, ob das Bindungsprinzip auch im Strafprozess uneingeschränkt gilt. Denn grundsätzlich muss man v. Gravenreuth folgen, wonach der „Verletzungsrichter“ nicht mit dem Strafrichter gleichzusetzen ist.¹⁰⁰⁰ Hinzu kommt, dass die Markeneintragung ein gestaltender Verwaltungsakt ist.¹⁰⁰¹ Im öffentlichen Recht ist jedoch die Bindungswirkung von Verwaltungsakten in bestimmten Fallgruppen eingeschränkt. So soll z.B. im Strafrecht die Bindungswirkung nur zugunsten des Beschuldigten bestehen.¹⁰⁰² Nach der verwaltungsrechtlichen Dogmatik wäre das Gericht somit im Markenstrafverfahren nicht an die Tatbestandswirkung der Markeneintragung gebunden und müsste bspw. die Voraussetzungen des §§ 3 und 8 MarkenG vor einer Verurteilung überprüfen. Rohnke hält es für wenig sinnvoll, hier nach Rechtsfolgen zu differenzieren, also die zivilrechtlichen Ansprüche zuzusprechen, im Strafverfahren aber möglicherweise von der Lösungsreife der Marke auszugehen.¹⁰⁰³ Vielmehr will er die gewerb-

⁹⁹⁶ BGH vom 3. November 1999, GRUR 2000, 888 (889) - MAG-LITE.

⁹⁹⁷ Nachweise in Rohnke, Die Bindung des Verletzungsrichters an die eingetragene Marke, GRUR 2001, 696 (697).

⁹⁹⁸ Rohnke, Die Bindung des Verletzungsrichters an die eingetragene Marke, GRUR 2001, 696.

⁹⁹⁹ BPatG vom 23. September 1975, BPatGE 18, 144 – Lord; Fezer, MarkenR, § 8 RN 21.

¹⁰⁰⁰ V. Gravenreuth, Strafverfahren, GRUR 1983, 349 (355/356).

¹⁰⁰¹ Für die Patenterteilung BVerwG vom 13. Juni 1959, GRUR 1959, 435.

¹⁰⁰² BVerfG vom 22. Oktober 1985, BverfGE 75, 329 (346); Kopp, VwVfG, Vorb. § 35 RN 28.

¹⁰⁰³ Rohnke, Die Bindung des Verletzungsrichters an die eingetragene Marke, GRUR 2001, 696 (702).

lichen Schutzrechte aus dem Dogma der Tatbestandswirkung generell ausnehmen. Sie seien mit den typischen verwaltungsrechtlichen Genehmigungsverfahren, bei denen die Wirkung des Verwaltungsaktes nicht im Verhältnis zu Dritten, sondern primär zwischen Antragsteller und Behörde eintritt, nicht vergleichbar und könnten deswegen anders behandelt werden.

Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Denn die Legitimation des Bindungsgrundsatzes auch im markenstrafrechtlichen Verfahren ergibt sich aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung, aus dem die strenge Aufgabenteilung zwischen den Erteilungsbehörden und den Verletzungsgerichten hervorgeht.¹⁰⁰⁴ Diese Auffassung vertritt auch Gravenreuth, nachdem aufgrund der Gewaltenteilung sowie Art. 97 GG die Judikative Akte der beiden anderen Staatsgewalten zu respektieren, d.h. als gültig zugrunde zu legen hat.¹⁰⁰⁵ Schließlich wurde sowohl im Patent- als auch im Markenrecht schon vom Reichsgericht die Bindung des Strafrichters an die Patenterteilung bzw. die Eintragung in die Warenzeichenrolle bejaht.¹⁰⁰⁶ Diese Rechtsprechung, wonach in Strafsachen des gewerblichen Rechtsschutzes diesbezüglich dieselben Grundsätze wie im zivilrechtlichen Verletzungsprozess gelten, wurde von der Kommentarliteratur übernommen.¹⁰⁰⁷ Auch Fezer sowie Ekey/Klippel gehen schließlich von der Geltung der Bindungswirkung für alle ordentlichen Gerichte aus.¹⁰⁰⁸ Zu den ordentlichen Gerichten gehören nach § 13 GVG jedoch auch die Strafgerichte.

Im Ergebnis ist der Einwand des Angeklagten, dass die verletzte Kennzeichnung nicht schutzfähig ist – bspw. wegen mangelnder Unterscheidungskraft, Bestehen eines Freihaltebedürfnisses – unbeachtlich. Eine Berücksichtigung durch das Gericht ist auch im Strafverfahren nur im Rahmen der Verwechslungsprüfung bei der Kennzeichnungskraft des verletzten Zeichens möglich.¹⁰⁰⁹ Ansonsten hat der Angeklagte nur die Möglichkeit, die Aussetzung des Verfahrens nach § 262 StPO zu beantragen. Eine Ausnahme besteht nur im Fall der Nichtigkeit der Eintragung, die keine Rechtswirkungen entfaltet.¹⁰¹⁰

¹⁰⁰⁴ BGH vom 3. November 1999, GRUR 2000, 888 (889) - MAG-LITE.

¹⁰⁰⁵ V. Gravenreuth, Strafverfahren, GRUR 1983, 349 (356).

¹⁰⁰⁶ RG vom 5. März 1915, RGSt 49, 202; vom 23. September 1914, RGSt 48, 389 (391).

¹⁰⁰⁷ Busse/Keukenschrijver, PatG, § 142 RN 48; Meyer-Goßner, StPO, § 262 RN 8 (für den rechtsgestaltenden VA der Eintragung in die Warenzeichenrolle).

¹⁰⁰⁸ Fezer, MarkenR, § 8 RN 414, § 27 RN 29; § 41 RN 10 bis 13; Ekey/Klippel-Bous, Markenrecht, §§ 22 RN 11 f. und 50 RN 1 bis 3.

¹⁰⁰⁹ Rohnke, Die Bindung des Verletzungsrichters an die eingetragene Marke, GRUR 2001, 696 (697).

¹⁰¹⁰ V. Gravenreuth, Strafverfahren, GRUR 1983, 349 (356).

3. Aussetzung

Sofern im Laufe der Verhandlung die Frage aufkommt, ob das verletzte Kennzeichenrecht dem Angeklagten gegenüber wirksam ist und damit die Strafbarkeit von der Beurteilung zivilrechtlicher Fragen – wie z.B. dem Bestehen einer Markenlizenz oder der Berechtigung des Kennzeicheninhabers zur Führung eines Namens oder Kennzeichenrechts – abhängt, muss das Strafgericht auch über dieses Rechtsverhältnis entscheiden, und zwar nach den für das Verfahren und den Beweis in Strafsachen geltenden Vorschriften, § 262 Abs. 1 StPO.

Eine Bindung an die Entscheidungen anderer Gerichte besteht im Strafverfahren grundsätzlich nicht. Dies gilt jedoch nicht für Gestaltungsurteile sowie sonstige Entscheidungen, die nicht nur *inter partes*, sondern für und gegen jeden wirken.¹⁰¹¹ So ist das Gericht auch an Verwaltungsakte gebunden, wenn diese materiellrechtliche Tatbestandswirkung haben oder rechtsgestaltend wirken.¹⁰¹² Insofern ist bspw. die zwischenzeitlich durch ein zivilgerichtliches Urteil angeordnete Löschung der verletzten Kennzeichnung aufgrund des Verfalls zu beachten und der Angeklagte freizusprechen. Gleiches gilt für die amtsseitig vorgenommene Löschung z.B. aufgrund absoluter Schutzhindernisse. Einer Aussetzung bedarf es in diesen Fällen nicht.

Gleichwohl dürfte es in praktischer Hinsicht von Bedeutung sein, dass der Kennzeicheninhaber Entscheidungen der Zivilgerichte vorlegt, welche die Gültigkeit seines Schutzrechts oder das Bestehen einer Lizenz belegen. In diesen Fällen werden auch ansonsten selten mit Fragen des Kennzeichenrechts befasste Strafrichter kaum ein Bedürfnis zur Aussetzung des Verfahrens annehmen können.

Das Gericht ist jedoch nach § 262 Abs. 2 StPO befugt, zur Beurteilung eines außerstrafrechtlichen Rechtsverhältnisses das Verfahren nach Ermessensausübung auszusetzen und einem der Beteiligten zur Erhebung einer Zivilklage eine Frist zu setzen, oder das Urteil des Zivilgerichts abzuwarten. Dies gilt auch für öffentlich-rechtliche Verfahren, also bspw. für ein Markenlöschungsverfahren vor dem Deutschen Patent- und Markenamt bzw. in zweiter Instanz vor dem Bundespatentgericht. Gleiches gilt, wenn die Löschung der verletzten Kennzeichnung erfolgt ist und es sich um die Frage handelt, ob vor Begehung der Tat ein Lösungsgrund bereits bestanden hat. Denn die Löschung einer Marke mit Rückwirkung auf den Tatzeitpunkt, § 52 Abs. 2 MarkenG, beseitigt die Strafbarkeit, wobei diese wegen Lösungsreife mangels Widerrechtlichkeit schon gar nicht vorlag.¹⁰¹³

Insofern kann der Angeklagte zivilrechtliche Löschungsklage erheben bzw. Lösungsantrag stellen, weil er die dem Strafverfahren zugrunde liegende Kenn-

¹⁰¹¹ Meyer-Goßner, StPO, § 262, RN 2 ff.

¹⁰¹² HK-StPO-Julius, § 262 RN 3.

¹⁰¹³ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 143 RN 5.

zeichnung für nicht schutzfähig aufgrund mangelnder Benutzung oder dem Bestehen absoluter oder relativer Schutzhindernisse hält. In diesen Fällen soll das Strafverfahren gemäß § 262 StPO auszusetzen sein.¹⁰¹⁴

Schon im Zivilrecht ist eine Aussetzung eines Verletzungsrechtsstreits nicht nur in Deutschland, sondern auch international die Ausnahme und wird von vielen Gerichten mit großer Zurückhaltung begegnet. Für die Aussetzung müssen triftige Gründe sprechen, die den Vorrang der Prozessbeschleunigung zurücktreten lassen.¹⁰¹⁵ Gleiches sollte im Strafverfahren gelten, wobei jedoch die Funktion einer Bestrafung des Markenverletzers als ultima ratio zu bedenken ist. In den bisher durchgeführten Strafverfahren dürfte eine Aussetzung jedoch selten angebracht gewesen sein.

III. Verfahrensabschluss, Rechtsmittel

Sofern das Gericht den dem Angeklagten gemachten Schuldvorwurf einer Kennzeichenverletzung als berechtigt ansieht, ergeht gegen ihn ein Sachurteil auf Verurteilung, welches die Hauptverhandlung abschließt, § 260 StPO. In diesem Urteil können die unten unter D. näher dargestellten Haupt- und Nebenstrafen sowie etwaige weitere Maßnahmen wie die Einziehung oder die Veröffentlichung des Urteils verhängt werden. Sofern dagegen die Unschuld des Angeklagten erwiesen ist oder seine Schuld nicht zur Überzeugung des Gerichts festgestellt werden kann, ergeht ein freisprechendes Urteil. Jedoch ist in diesem Fall neben dem Freispruch die selbstständige Anordnung des Verfalls oder der Einziehung zulässig, sofern dessen Voraussetzungen im Übrigen vorliegen, § 76a Abs. 1 StGB.

Sollte sich im Laufe der Verhandlung ein Verfahrenshindernis herausstellen oder es an einer Prozessvoraussetzung fehlen, ist das Verfahren durch Urteil einzustellen, § 260 Abs. 3 StPO. Zu beachten ist, dass ein freisprechendes Urteil in den Fällen, in denen dem Angeklagten die Kennzeichenverletzung nicht nachgewiesen werden kann, Vorrang hat.¹⁰¹⁶ Schließlich kann die Hauptverhandlung auch durch Einstellungsbeschlüsse nach den §§ 153 Abs. 2, 153a Abs. 2, 154 Abs. 2 StPO geschlossen werden. Hier gilt entsprechendes zu den Opportunitätseinstellungen im Ermittlungsverfahren.

Ein gegen den Angeklagten verhängtes amtsgerichtliches Urteil wegen Verletzung der §§ 143 ff. MarkenG kann der Verurteilte mit dem Rechtsmittel der Berufung zum Landgericht (Strafkammer) anfechten. Gegen dessen Entscheidung kann weiter Revision zum zuständigen OLG eingelegt werden. Erstinstanzliche

¹⁰¹⁴ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 143 RN 5, für das Patentrecht Benkhard/Rogge, PatG, 142 RN 3; RG vom 25. September 1914, RGSt 48, 419 (422).

¹⁰¹⁵ Krieger, Nochmals: Die Aussetzung des Patentverletzungsprozesses, GRUR 1996, 941 (942).

¹⁰¹⁶ HK-StPO-Julius, § 260 RN 8.

Urteile der Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts können nur mit der Einlegung der Revision zum Bundesgerichtshof überprüft werden.

IV. Besondere Verfahrensarten

1. Strafbefehlsverfahren

Zur Vermeidung der Durchführung einer aufwändigen Hauptverhandlung und zur Verfahrensbeschleunigung in vermeintlich eindeutigen Verletzungsfällen werden Kennzeichenverletzungen häufig im schriftlichen Strafbefehlsverfahren sanktioniert. Die Voraussetzungen dieser besonderen Verfahrensart wurde bereits oben A. 3. a) bei den Verfahrensabschlussmöglichkeiten der Staatsanwaltschaft erörtert, weshalb auf die dortigen Ausführungen verwiesen wird.

2. Privatklage

Eine sog. Privatklage wegen Kennzeichenverletzung kann auch vom Verletzten unmittelbar, d.h. ohne vorherige Anrufung der Ermittlungsbehörden erhoben werden. Mit dieser bei der Verletzung der Grundtatbestände des §§ 143 Abs. 1, 143a Abs. 1 und 144 Abs. 1 und 2 MarkenG nach §§ 374 Abs. 1 Nr. 8 StPO eröffneten Möglichkeit verfolgt der Verletzte den staatlichen Strafausspruch, nicht jedoch sein Schadensersatzinteresse. Im Falle der Verwirklichung der Qualifikation des 143 Abs. 2 MarkenG ist dagegen keine Privatklage möglich, die Strafverfolgung dieses Officialdelikts erfolgt ausschließlich und zwingend von Amts wegen. Schon der hinreichende Verdacht, dass auch ein Officialdelikt vorliegt, führt zur Zurückweisung der Privatklage.¹⁰¹⁷

Die Privatklage kann auch derjenige erheben, der neben dem Verletzten oder an seiner Stelle berechtigt ist, Strafantrag zu stellen, § 374 Abs. 2 StPO. Hier kommt insbesondere der ausschließliche Lizenznehmer in Frage, dessen Strafantragsrecht nach der hier vertretenen Meinung von der Zustimmung des Inhabers der verletzten Kennzeichnung abhängt.¹⁰¹⁸ Die äußere Form einer solchen Klage muss der einer Anklageschrift entsprechen, § 381 S. 2 StPO. Sachlich zuständig ist grundsätzlich nur der Strafrichter des Amtsgerichts, örtlich das Gericht des Wohnorts des Verletzten oder des Begehungsorts, §§ 25 Nr. 1 GVG, 7, 8 StPO. An eine Frist ist die Erhebung einer Privatklage nicht gebunden, sie ist vielmehr

¹⁰¹⁷ Meyer-Goßner, StPO, § 374 RN 3.

¹⁰¹⁸ S. dazu oben B. I. 3.

bis zum Eintritt der Verfolgungsverjährung möglich.¹⁰¹⁹ Das weitere Verfahren richtet sich nach den Vorschriften über das Offizialverfahren, § 384 StPO.

Im Privatklageverfahren ist eine Beendigung des Verfahrens durch einen gerichtlichen Vergleich möglich. Dieser beinhaltet zugleich die Rücknahme des Strafantrags bzw. der Privatklage.¹⁰²⁰ Im Gegenzug wird der Angeklagte meist eine Unterlassungserklärung abgeben, Schadensersatz leisten und/oder eine Geldbuße zahlen. Ein Vergleich ist im Übrigen auch bei der Nebenklage sowie im Adhäsionsverfahren möglich, hier erfolgt zusätzlich eine Einstellung des Verfahrens nach den §§ 153, 153a StPO durch das Gericht und mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft.¹⁰²¹

Die derzeitige Regelung der Privatklage wird teilweise als nicht sachgerecht empfunden, da aufgrund der Beweisnot des Geschädigten eine effektive Strafverfolgung nicht möglich sei und der Klagende aufgrund des in der Gerichtspraxis störenden Verfahrens nicht mit einem aufgeschlossenen Richter rechnen könne.¹⁰²² Ohnehin dürfte die praktische Bedeutung im Markenstrafrecht gering sein, auch wenn kein aussagekräftiges Zahlenmaterial zur Verfügung steht. Denn wenn auch vom Verletzten Markeninhaber in geeigneten Fällen eine Bestrafung des Täters angestrebt wird, steht doch die zivilrechtliche Durchsetzung der Unterlassungs-, Auskunfts- und Schadensersatzansprüche klar im Vordergrund. Da diese mit der Privatklage nicht durchgesetzt werden können, erlahmt das Interesse der Kennzeicheninhaber an dieser Art der Strafverfolgung schnell, sofern er selbst aktiv werden muss und nicht den Ermittlungsbehörden die Strafverfolgung überlassen kann.

3. *Beteiligung des Verletzten / Nebenklage*

Im Falle der Erhebung der öffentlichen Klage durch die Staatsanwaltschaft ist dem Kennzeicheninhaber die Möglichkeit eröffnet, dem Verfahren als Nebenkläger beizutreten. Ein eigenständiges Verfahren wird insofern nicht begründet. Diese Berechtigung ergibt sich für die Grundtatbestände – und Privatklagedelikte – des §§ 143 Abs. 1, 143a Abs. 1 und § 144 Abs. 1 und 2 aus §§ 395 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. 374 Abs. 1 Nr. 8 StPO. Des Weiteren ist die Nebenklage auch im Falle der Qualifikation des § 143 Abs. 2 MarkenG möglich, dieser Tatbestand wird direkt

¹⁰¹⁹ Meyer-Goßner, StPO, Vor § 374 RN 2.

¹⁰²⁰ Meyer-Goßner, StPO, Vor § 374 RN 9.

¹⁰²¹ Meyer-Goßner, StPO, Vor § 374 RN 8 ff, 380 RN 7, vor 394 RN 12, 404 RN 12.

¹⁰²² Vgl. zu diesem Streit ausführlich: v. Gravenreuth, Kritische Anmerkungen zur Novelle des Urheberstrafrechts, GRUR 1985, 111 (112); Hildebrandt, Die Straftatbestände des Urheberrechts, 7. Kapitel, A. II. 1. (S. 360/361). Diese für das Urheberrecht geltenden Überlegungen sind auch im Markenstrafrecht gültig.

in § 395 Abs. 2 Nr. 3 StPO aufgeführt. Insofern ist die Befugnis zur Nebenklage bei allen Straftatbeständen des Markenrechts gegeben, die praktische Bedeutung aber gering.

Die Nebenklage soll den Opfern dieser Taten die Möglichkeit sichern, sich aktiv am Hauptverfahren gegen den Angeklagten zu beteiligen und nicht nur auf die Anhörung als Zeuge beschränkt zu sein. Will sich der verletzte Kennzeicheninhaber dem Verfahren als Nebenkläger anschließen, so muss er eine entsprechende Erklärung schriftlich bei Gericht einreichen. Das Gericht entscheidet über die Zulassung der Nebenklage. Eine Erklärung, die vorher bei der Staatsanwaltschaft eingeht, wird erst mit der Anklageerhebung wirksam.

Die Rechte des Nebenklägers in der Hauptverhandlung bestimmen sich im Einzelnen nach § 397 StPO. Danach kann der Nebenkläger bei der gesamten Gerichtsverhandlung anwesend sein, Fragen und Anträge stellen oder Erklärungen abgeben, sowie – über seinen Anwalt – Auskünfte und Abschriften aus den Akten erhalten, ohne dies besonders begründen zu müssen, § 406e Abs. 1 S. 2 StPO. Vorteil davon ist, dass die dabei erlangten Informationen im Zivilprozess vom verletzten Kennzeicheninhaber verwendet werden können. Wichtigster Gesichtspunkt dürfte jedoch die Einbringung der Sachkenntnis eines auf gewerbliche Schutzrechte spezialisierten Rechtsanwalts sein. Darüber hinaus kann der Nebenkläger unabhängig von der Staatsanwaltschaft Rechtsmittel einlegen und auch sein Interesse an der Einziehung der mit dem verletzenden Zeichen versehenen Waren oder der Veröffentlichung der Verurteilung zum Ausdruck bringen.¹⁰²³

4. Anschluss- und Adhäsionsverfahren

Das Anschluss- und Adhäsionsverfahren bietet einem Kennzeicheninhaber die Möglichkeit, die gegen den Beschuldigten aus der Straftat erwachsenen vermögensrechtlichen Ansprüche – insbesondere Schadensersatzansprüche nach §§ 14 Abs. 6, 15 Abs. 5 MarkenG – bereits im Strafverfahren geltend zu machen, §§ 403 ff. StPO. Damit soll die Führung zweier Rechtsstreite vermieden werden, was sowohl für den Zeicheninhaber als auch für die Justiz sowie den Zeichenverletzer sinnvoll ist.

Neben dem Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz kann vom Verletzten im Rahmen des Strafprozesses auch der Anspruch auf Vernichtung der widerrechtlich gekennzeichneten Gegenstände nach § 18 MarkenG geltend gemacht werden, Arg. aus § 143 Abs. 5 S. 3 MarkenG. Ihm kommt – obwohl grundsätzlich zivilrechtlicher Natur – ebenfalls Sanktionscharakter zu.¹⁰²⁴ Nach dem Wortlaut,

¹⁰²³ Braun, Produktpiraterie, 5. Kapitel, II. 1. (S. 303)

¹⁰²⁴ Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 14. Kapitel, III. 4. RN 28 (S. 900).

der Entstehungsgeschichte sowie der Massenhaftigkeit von Schutzrechtsverletzungen soll dieser Anspruch auch die Regel sein und nur ausnahmsweise andere Maßnahmen in Betracht kommen.¹⁰²⁵

Der für die Verfahrenseinleitung notwendige Antrag des Kennzeicheninhabers ist schriftlich beim zuständigen Gericht einzureichen. In der Hauptverhandlung kann er auch mündlich gestellt werden. Dabei muss der Gegenstand und der Grund des geltend gemachten Anspruchs dargelegt werden. Soweit er begründet ist, gibt ihm das Gericht im Urteil statt, § 406 StPO. Es ist an den Antrag des Verletzten gebunden, kann also nicht mehr zusprechen, als dieser beantragt hat. Das Gericht kann auch von einer Entscheidung absehen, wenn sich der Antrag zur Erledigung nicht eignet oder sich durch Prüfung des Antrages das Verfahren verzögert, § 405 StPO. In diesem Fall bleibt nach wie vor die Möglichkeit, den Anspruch vor einem Zivilgericht geltend zu machen. Gleiches gilt auch bei Zurücknahme des Antrags, was bis zur Urteilsverkündung geschehen kann.

Die Position des Antragsstellers kann mit der eines Nebenklägers verglichen werden. Es besteht jedoch der Unterschied, dass im Falle der Nichtanerkennung der vermögensrechtlichen Ansprüche mangels Beschwerde kein Rechtsmittel gegeben ist, § 406a StPO. Denn es verbleibt die Möglichkeit der zivilrechtlichen Geltendmachung.

Eine wesentliche Einschränkung des Adhäsionsverfahrens ist die Voraussetzung der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte zur Verfolgung dieses Anspruchs. Zwar können bspw. Schadensersatzansprüche nach dem Wortlaut des § 403 StPO ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstands auch beim AG geltend gemacht werden. Gleichwohl scheidet die Geltendmachung im Strafprozess vor dem AG schon aufgrund der ausschließlich landgerichtlichen Zuständigkeit der Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche nach § 140 Abs. 1 MarkenG. Die ganz überwiegende Mehrzahl aller Strafverfahren im Markenrecht wird jedoch vor dem Amtsgericht ausgetragen. Hinzu kommt, dass selbst im Fall einer Strafverfahrens vor der Wirtschaftsstrafkammer ein Adhäsionsverfahren problematisch ist, da gemäß der Zuständigkeitskonzentration des § 140 Abs. 2 MarkenG dieses Landgericht für zivilrechtliche Kennzeichenstreitsachen möglicherweise nicht zuständig ist.

Ein weiteres – aber eher untergeordnetes – Problem liegt in der Tatsache, dass es die Ermittlungsbehörden häufig versäumen, die Markeninhaber auf ihr Antragsrecht hinzuweisen. Dabei sollen grundsätzlich sowohl die Polizei und die Staatsanwaltschaft, als auch der Strafrichter den Verletzten auf seine Anspruchsmöglichkeit hinweisen, § 403 Absatz 2 StPO Nr. 173 der RiStBV. Ein Adhäsionsver-

¹⁰²⁵ BGH vom 10. April 1997, BB 1997, 2126.

fahren wird nach geltendem Recht im Ergebnis nur in den seltensten Fällen in Betracht kommen.¹⁰²⁶

V. Einfluss später eintretender Umstände auf die Strafbarkeit / Wiederaufnahme

1. Allgemeines

Die Rechtskraft eines Strafurteils ist als Bestandteil der Rechtssicherheit wesentliches Merkmal eines Rechtsstaats. Jedoch können rechtskräftige Urteile unter besonderen Umständen Gegenstand eines neuen Verfahrens sein, wenn nämlich ein noch höheres Gut verteidigt werden soll.¹⁰²⁷ Die Vorschriften der §§ 359 ff. StPO lassen daher zur Beseitigung von Fehlentscheidungen in engen Grenzen die Durchbrechung der Rechtskraft von Strafurteilen zu.¹⁰²⁸

Die sog. Wiederaufnahme ist ein Rechtsbehelf eigener Art und ermöglicht es dem verurteilten Täter einer Markenverletzung auf Antrag, §§ 365, 296 StPO, das mit rechtskräftigem Urteil abgeschlossene Strafverfahren wieder in den Stand des Hauptverfahrens zurückzusetzen. Die Wiederaufnahme ist nur in den gesetzlich abschließend aufgezählten Fällen des § 359 Nr. 1 bis 5 StPO zulässig. Für das Markenstrafrecht relevant ist hier vor allem § 359 Nr. 5 StPO, nämlich das Vorliegen von Tatsachen, die bei Abfassung des Urteils noch nicht bekannt waren und den Freispruch des Angeklagten bewirkt hätten. Ein weiterer Wiederaufnahmegrund ist die Aufhebung eines zivilgerichtlichen Urteils, auf welches das Strafurteil begründet ist, durch ein anderes Urteil, § 359 Nr. 4 StPO.

Eine vorher existierende, aber erst nachträglich bekannte Tatsache ist die spätere Löschung einer Marke wegen Nichtigkeit des Schutzrechts. Bei diesem Hauptanwendungsfall der Wiederaufnahme im Markenstrafrecht kann sich die Nichtigkeit aus absoluten – fehlende Markenfähigkeit nach §§ 3 oder 7 i.V.m. 50 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 MarkenG, Bestehen absoluter Schutzhindernisse nach §§ 8 i.V.m. 50 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG oder bösgläubiger Markenmeldung nach § 50 Abs. 1 Nr. 4 MarkenG – oder relativen Nichtigkeitsgründen – Bestehen prioritätsälterer Kennzeichenrechte im Sinne der §§ 9 bis 13 i.V.m. 51 Abs. 1 MarkenG – ergeben.¹⁰²⁹ Die Löschung wirkt in diesen Fällen rückwirkend (ex tunc) auf den Zeit-

¹⁰²⁶ Zur möglichen Verbesserung dieser Situation vgl. 7. Kapitel, D. III. 2. a).

¹⁰²⁷ Schickedanz, Die Restitutionsklage, GRUR 2000, 570.

¹⁰²⁸ Meyer-Goßner, StPO, Vor § 359 RN 1; Marxen/Tiemann, Die Wiederaufnahme in Strafsachen, RN

5.

¹⁰²⁹ Fezer, MarkenR, § 52 RN 7.

punkt der Eintragung, § 52 Abs. 2 MarkenG und beseitigt alle eingetretenen Rechtsfolgen.¹⁰³⁰

Praktische Relevanz erlangt eine Wiederaufnahme nicht nur bei einer – regelmäßig vom Verurteilten angestrebten – späteren Nichtigerklärung der der Verurteilung zugrunde liegenden Marke, sondern auch dann, wenn eine Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung der vom Angeklagten parallel betriebenen Nichtigkeitsverfahren vom Gericht abgelehnt wurde und das Nichtigkeitsverfahren dennoch später Erfolg hat.

Die beschriebenen Folgen können auch im Fall der Löschung wegen Verfalls aufgrund der Nichtbenutzung der verletzten Marke eintreten. Hier gilt als Stichtag für die Löschungswirkung der Tag der Klageerhebung, § 52 Abs. 1 MarkenG. Diese beschränkte Rückwirkung kann jedoch auf Antrag einer Partei auch auf einen früheren Zeitpunkt, frühestens jedoch auf den Zeitpunkt des Eintritts des Verfalls, festgesetzt werden, § 52 Abs. 1 S. 2 MarkenG. Insofern ist auch in diesen Fällen eine Wiederaufnahme nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Zu beachten ist jedoch, dass die Nichtbenutzung regelmäßig schon als Einrede auch im Strafprozess möglich ist und auch dort – zumindest bei Verteidigung des Angeklagten durch einen mit Grundkenntnissen des gewerblichen Rechtsschutzes bewanderten Rechtsanwalt – erfolgen wird.

Im Gegensatz zu diesen sich aus der Rückwirkung der Löschung ergebenden Möglichkeiten der Wiederaufnahme wird die Strafbarkeit durch spätere, nach Begehung der Kennzeichenverletzung eingetretene Umstände nicht beseitigt. Die Verurteilung bleibt bestehen, selbst wenn dem Täter nachträglich – bspw. im Rahmen eines zivilrechtlichen Vergleichs – eine Lizenz an der Kennzeichnung erteilt wird. Eine Wiederaufnahme kommt in diesen Fällen nicht in Betracht, da die Tathandlung zum Zeitpunkt der Tat widerrechtlich war. Auch eine Löschung der Marke wegen Nichtverlängerung der Schutzdauer, § 47 Abs. 6 MarkenG, oder Verzicht auf die Eintragung, § 48 Abs. 1 MarkenG, hat keine Wirkung, da die Löschungswirkung nur für die Zukunft (ex nunc) eintritt. Der Angeklagte hat jedoch die Möglichkeit, auch die ex tunc Löschung wegen – zusätzlicher – Nichtigkeit feststellen zu lassen.¹⁰³¹ Das dafür erforderliche Rechtsschutzbedürfnis ergibt sich aus dem Bedürfnis an der Durchführung des – ansonsten nicht möglichen – Wiederaufnahmeverfahrens.

Schließlich bleibt der Vollständigkeit halber zu erwähnen, dass die Rückwirkung der Löschung keinen Einfluss auf Urteile in zivilrechtlichen Verletzungsprozessen hat, die vor der Entscheidung über den Löschantrag rechtskräftig ergingen und aus denen bereits vollstreckt worden ist, § 52 Abs. 3 Nr. 1 MarkenG.

¹⁰³⁰ BGH vom 19. Oktober 2001, GRUR 2001, 337 – EASYEXPRESS.

¹⁰³¹ Ströbele/Hacker-Hacker, § 52 RN 20.

2. Verfahren

Die Rückwirkung der Löschung macht eine zunächst strafbare Kennzeichenverletzung nachträglich straffrei, wobei der gute Glaube an die Lösungsreife nicht ausreicht.¹⁰³² Einem rechtskräftigen Urteil wird die Grundlage entzogen, so dass eine Beseitigung im Wege der Wiederaufnahme nach § 359 Nr. 5 StPO¹⁰³³ aufgrund neuer Tatsachen bzw. nach Nr. 4¹⁰³⁴ aufgrund der amtlichen, bundespatent- oder zivilgerichtlichen Entscheidung über die Löschung möglich ist.

Das Verfahren der Wiederaufnahme gliedert sich in zwei Teile, nämlich der Prüfung der Zulässigkeit des Antrags nach § 368 StPO und der Prüfung der Begründetheit nach § 370 StPO. Sofern die Wiederaufnahme aufgrund der dargestellten Gründe der §§ 359 Nr. 4 oder 5 StPO – die der Antragsteller beibringen muss – angeordnet wird, kommt es zur Erneuerung des Hauptverfahrens. In diesem kann unter Umständen ohne erneute Hauptverhandlung und mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft ein Freispruch ergehen, § 371 Abs. 2 StPO. Ein noch anhängiges Ermittlungsverfahren ist einzustellen.¹⁰³⁵

Die Veröffentlichung des freisprechenden Urteils ist auf Verlangen des Antragstellers im Bundesanzeiger bekannt zu machen und kann nach dem Ermessen des Gerichts auch in anderen Blättern veröffentlicht werden, § 371 Abs. 4 StPO. Eine eventuell gezahlte Geldstrafe sowie die Gerichtskosten werden zurückerstattet. Die Bekanntmachung des freisprechenden Urteils ist dagegen nur dann erforderlich, wenn die vorherige Verurteilung bekannt gemacht wurde.¹⁰³⁶ Ansonsten soll der Freispruch in der Verhandlung als Rehabilitation genügen.

Die tatsächliche Relevanz solcher Verfahren im Markenstrafrecht ist jedoch mit Sicherheit als äußerst gering einzuschätzen, zumal schon die allgemeine Wiederaufnahmepraxis kritisiert wird.¹⁰³⁷ Angesichts der Tatsache, dass Strafverfahren wegen Kennzeichenverletzungen meist nur in eindeutigen Verletzungsfällen durchgeführt werden, kommt es wohl so gut wie nie zu einer Löschung der der Tat zugrunde liegenden Marke aufgrund von absoluten Nichtigkeitsgründen oder aufgrund Verfalls. Aber auch das Bestehen älterer Rechte wird meist nicht vom Täter der Markenverletzung geltend gemacht werden können, dem insofern mangels eigener Kennzeichenrechte die nach § 55 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG erforderliche Aktivlegitimation fehlt. Sollten solche Rechte tatsächlich bestehen, wird der

¹⁰³² So schon RG vom 21. Juni 1897, RGSt 30, 187 (zum PatG); RG vom 8. Juli 1897, RGSt 30, 211 (214).

¹⁰³³ Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 52 RN 29.

¹⁰³⁴ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 143 RN 5; sowie Ströbele/Hacker-Hacker, § 143 RN 25.

¹⁰³⁵ Fezer, MarkenR, § 52 RN 18.

¹⁰³⁶ RG vom 18. Januar 1887, RGSt 15, 188.

¹⁰³⁷ Marxen/Tiemann, Die Wiederaufnahme in Strafsachen, Einleitung, I. (RN 1).

dann entstehende Zeichenkonflikt normalerweise nicht im Strafverfahren ausgefochten.

D. Rechtsfolgen

Das StGB geht in den §§ 38 – 76a von einem dualistischen Rechtsfolgensystem aus.¹⁰³⁸ Danach wird zwischen Strafe sowie den Maßregeln der Besserung und der Sicherung unterschieden. Voraussetzung und Zumessungsgrundlage der Strafe ist stets die Schuld des Täters, während die auf die Zukunft gerichteten Maßregeln und Nebenfolgen dem Schutzzweck des Strafrechts dienen.¹⁰³⁹ Sie können daher auch ohne Vorliegen von Schuld bzw. unabhängig vom Maß derselben angeordnet werden.

Für die effektive Ahndung von Kennzeichenverletzungen ist von wesentlicher Bedeutung, dass das Gericht neben der Verhängung der Hauptstrafen Geld- oder Freiheitsstrafe bzw. der Verwarnung zahlreiche weitere Möglichkeiten hat, zusätzliche Sanktion gegen den Verletzter von Kennzeichenrechten zu verhängen, bzw. die weitere Behandlung der schutzrechtsverletzenden Waren im Strafurteil zu regeln. Diese neben einer Strafe in Frage kommenden Maßnahmen wie der Verfall, die Einziehung oder die Veröffentlichung der Verurteilung orientieren sich am Fehlverhalten des Täters und sollen eine angemessene Reaktion auf die Folgen seiner Tat haben, in dem sie sichernden, genugtuenden oder abschöpfenden Charakter haben.

Einige dieser Folgen wie z.B. die Einziehung oder die Bekanntmachung der Verurteilung werden explizit oder zumindest ergänzend im Markengesetz geregelt, andere wie der Verfall richten sich nach allgemeinen strafrechtlichen Vorschriften. Dabei sind – wie schon bei der Erläuterung der Straftatbestände deutlich wurde – die strafrechtlichen und die zivilrechtlichen Ansprüche im Markenrecht in vielfältiger Weise miteinander verbunden. Dies soll einen optimalen Schutz der Rechtsgüter des Schutzrechtsinhabers bewirken. Dieser kann neben der zivilrechtlichen Verfolgung seiner Rechte durch Einleitung eines Ermittlungsverfahrens auch die strafrechtlichen Beschlagnahme- und Einziehungsmöglichkeiten nutzen.

Umgekehrt ist nach dem derzeitigen Rechtsverständnis auch der Täter einer Kennzeichenverletzung vor einer doppelten Inanspruchnahme zu schützen. Denn z.B. den Maßnahmen zur Behandlung schutzrechtsverletzender Ware soll kein zusätzlicher Strafcharakter zukommen. Daher sind zumeist Ausnahmen vorgesehen, die den Vorrang des zivilrechtlichen Anspruchs festlegen.

¹⁰³⁸ BGH vom 18. August 1983, BGHSt 32, 48 (54).

¹⁰³⁹ Tröndle/Fischer, StGB, Vor § 38 RN 5.

Die verschiedenen Sanktionsmöglichkeiten sollen im Folgenden in Bezug auf ihre – in manchen Fällen eher theoretische – Relevanz zur präventiven und represiven Ahndung von Kennzeichenverletzungen dargestellt werden. Die tatsächliche Anwendung der Strafen und sonstigen Maßnahmen wird dagegen im 6. Kapitel eingehend dargestellt werden.

I. Strafen

1. Überblick

Im Bereich der Strafen differenziert das StGB zwischen Haupt- und Nebenstrafen. Hauptstrafen sind dabei die Freiheitsstrafe, §§ 38, 39, StGB und die Geldstrafe, §§ 40 bis 43. Die Hauptstrafe ergibt sich aus der jeweils verletzten Norm des Markenstrafrechts und soll nachfolgend unter 2. dargestellt werden.

Neben der Hauptstrafe können grundsätzlichen Nebenstrafen wie z.B. die – nunmehr für verfassungswidrig erklärte – Vermögensstrafe nach § 43a verhängt werden. Ferner ist vorgesehen das Fahrverbot nach § 44 StGB, der Verlust der Amtsfähigkeit, der Wählbarkeit sowie des Stimmrechts nach § 45 StGB.¹⁰⁴⁰ Diese spielen im Kennzeichenrecht keine besondere Rolle. Möglich und auch von einigen Staatsanwälten angewendet wird dagegen die Verwarnung mit Strafvorbehalt, eine Art „Geldstrafe auf Bewährung“ (dazu 3.).

2. Freiheits- und Geldstrafe

Wie im 2. Kapitel erörtert wurden durch das Produktpirateriegesetz die strafrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten im gewerblichen Rechtsschutz inklusive dem Urheberrecht verschärft. So sind nunmehr schon für die Grundtatbestände des Markengesetzes Geldstrafen oder Freiheitsstrafen bis zu drei Jahren möglich, §§ 143 Abs. 1, 143a Abs. 1 MarkenG. Die widerrechtliche Benutzung einer geographischen Herkunftsangabe wird nach § 144 Abs. 1 MarkenG dagegen nur mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.¹⁰⁴¹ Die qualifizierten Tatbestände der §§ 143 Abs. 2 bzw. 143 a Abs. 2 i.V.m. 143 Abs. 2 MarkenG sehen Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe vor.

¹⁰⁴⁰ Welches mit dem Entwurf zum Gesetz zur Reform des Sanktionensystems zur Hauptstrafe gemacht werden soll, vgl. BT-Ds 03/04 vom 2. Januar 2004.

¹⁰⁴¹ Dieses Strafmaß sieht auch der oftmals gleichzeitig einschlägige Tatbestand der strafbaren Werbung vor, § 16 Abs. 1 UWG (ehemals § 4 UWG a.F.), so dass insoweit Systemkonformität besteht.

¹⁰⁴² Harte-Bavendamm, Handbuch der Markenpiraterie, § 5 Abschnitt 4, K. I. (S. 150).

¹⁰⁴³ Tröndle/Fischer, StGB, § 56 RN 4 ff.

Zu beachten ist auch, dass im Falle von mitverwirklichten Delikten des Kernstrafrechts wie Betrug oder Urkundenfälschung die Strafdrohung nach dem Regelbeispiel „gewerbsmäßige Begehung“ der §§ 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1; 267 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 StGB von sechs Monaten bis zu zehn Jahren reichen kann.¹⁰⁴²

Die Freiheitsstrafe wird zur Bewährung ausgesetzt, wenn auf eine Strafe von nicht mehr als einem Jahr zu erkennen ist und eine günstige Sozialprognose vorliegt, § 56 Abs. 1 StGB. Im Falle einer höheren Strafe bis zu zwei Jahren kann die Bewährung angeordnet werden, § 56 Abs. 2 StGB. Bei der Entscheidung ist zu berücksichtigen, ob der Täter sich die Verurteilung als Warnung dienen lässt und zukünftig auch ohne die Einwirkung des Strafvollzugs keine Straftaten begehen wird. Des Weiteren werden einschlägige Vorbestrafungen einbezogen und geprüft, ob die strafbare Tätigkeit inzwischen aufgegeben ist.¹⁰⁴³ Das Gericht setzt im Falle der positiven Prognose die Bewährungszeit fest, sie liegt zwischen zwei und fünf Jahren, § 56a StGB. Nach Ablauf der Bewährungszeit wird die Strafe erlassen, § 56g StGB, sofern die Strafaussetzung nicht widerrufen wird. Letzteres ist unter den Voraussetzungen des § 56f StGB möglich, bspw. wenn der Täter in der Bewährungszeit eine weitere Straftat begeht.

In tatsächlicher Hinsicht ist anzumerken, dass im Bereich der Wirtschaftskriminalität in den letzten Jahren ca. 77% der Freiheitsstrafen zur Bewährung ausgesetzt wurden.¹⁰⁴⁴ Im Kennzeichenstrafrecht liegt diese Quote noch höher, hier wurden im Jahre 2001 in 13 Fällen von Verurteilungen zu Freiheitsstrafe 11 (= 85%) zur Bewährung ausgesetzt. Im Jahre 2002 gab es sogar nur einen Fall einer Freiheitsstrafe, auch diese wurde zur Bewährung ausgesetzt.¹⁰⁴⁵

In der Sanktionspraxis kommt vielmehr anstatt der seltenen Freiheitsstrafe der – in den markenstrafrechtlichen Tatbeständen immer wahlweise angedrohten – Geldstrafe eine überragende Bedeutung zu. Deren Anteil betrug in den letzten Jahren regelmäßig über 90% und lag damit sogar höher als bei den sonstigen strafrechtlichen Nebengesetzen, bei denen der Anteil der Geldstrafe zwischen 80 und 90% angegeben wird. Auch im Hinblick auf § 47 StGB, der die Verhängung kurzzeitiger Freiheitsstrafen nur in Ausnahmefällen gestattet, wird die Verletzung der Tatbestände des §§ 143, 143a und 144 MarkenG regelmäßig mit einer Geldstrafe geahndet. Hinsichtlich der im Kennzeichenstrafrecht tatsächlich verhängten Geldstrafen, aufgeschlüsselt nach Anzahl und Höhe der Tagessätze darf ebenfalls auf die Anmerkungen im 6. Kapitel verwiesen werden.

¹⁰⁴⁴ Erster periodischer Sicherheitsbericht, verabschiedet am 11. Juli 2001 von der Bundesregierung, bspw. im Internet abrufbar unter www.bmj.bund.de Kapitel 2.4.6.3. (S. 156) (Letzer Seitenbesuch am 15. September 2004).

¹⁰⁴⁵ Strafverfolgungsstatistik 2001, Tabelle 2.3, Strafverfolgungsstatistik 2002, Tabelle 2.3; ausführlich dazu 6. Kapitel C. 1.

Abschließend bleibt anzumerken, dass nach § 41 StGB die Geldstrafe ausnahmsweise¹⁰⁴⁶ auch neben der Freiheitsstrafe angeordnet werden kann, sofern sich der Täter durch die Tat vorsätzlich bereichert hat, d.h. sich vorsätzlich einen Vermögensvorteil verschafft hat oder dies versuchte.¹⁰⁴⁷ Daneben muss die kumulative Geldstrafe unter Berücksichtigung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters angebracht sein, § 41 S. 1 a.E. StGB. Wenngleich die Anordnung einer Geldstrafe neben der Freiheitsstrafe in schweren Fällen von Schutzrechtsverletzungen, bei denen massenhaft Markenwaren alleine zu Bereicherungszwecken nachgeahmt werden, durchaus angebracht scheint, ist die Häufigkeit der Anwendung dieser zusätzlichen Strafe gering, wenn auch keine statistischen Daten speziell für die gewerblichen Schutzrechte vorliegen. So wurde im allgemeinen Strafrecht bspw. in Nordrhein-Westfalen im Jahre 2002 nur in 65 von 28 734 Fällen (=2,3%) auf Geldstrafe neben Freiheitsstrafe erkannt.¹⁰⁴⁸

3. *Verwarnung mit Strafvorbehalt*

Die Verwarnung mit Strafvorbehalt, §§ 59 - 59c StGB, kann untechnisch als „Geldstrafe zur Bewährung“ bezeichnet werden. Das Gericht stellt dabei im Urteil die Schuld des Angeklagten fest, verwarnt ihn deswegen und bestimmt eine Geldstrafe. Ferner wird in einem gleichzeitig mit dem Urteil zu erlassenden Beschluss die Dauer der Bewährungszeit – mindestens ein Jahr, höchstens drei Jahre – festgelegt. Die Verurteilung ist für den Fall vorbehalten, dass sich der Angeklagte nicht bewährt. Darüber hinaus können Auflagen und Weisungen wie die Zahlung eines Geldbetrags an eine gemeinnützige Einrichtung oder die Schadenswiedergutmachung verhängt werden, §§ 59a Abs. 2, 56b StGB.

Voraussetzung für die Verwarnung ist, dass der Täter eine Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen verwirkt hat und entweder zu erwarten ist, dass der Täter künftig keine Straftaten mehr begehen wird oder eine Gesamtwürdigung der Umstände ergibt, dass eine Verschonung angezeigt ist oder eine Verteidigung der Rechtsordnung nicht notwendig erscheint. Eine Verwarnung kommt in der Regel nur in Betracht, sofern der Täter nicht in den vergangenen drei Jahren verurteilt wurde, § 59 Abs. 2 StGB. Wird der Straftäter in der Bewährungszeit wieder straffällig oder erfüllt er die ihm erteilten Auflagen oder Weisungen nicht, kann ihn das Gericht durch Beschluss nach erfolgter Anhörung zu der vorbehaltenen Strafe verurteilen.

¹⁰⁴⁶ BGH vom 28. April 1976, BGHSt 26, 325.

¹⁰⁴⁷ Tröndle/Fischer, StGB, § 41 RN 4.

¹⁰⁴⁸ Vgl. Strafverfolgungsstatistik des Landesamts für Datenverarbeitung und Statistik, im Internet unter www.lids.nrw.de einsehbar (letzter Seitenbesuch am 15. September 2004).

Die Verwarnung stellt somit die mildeste Sanktion im Strafsystem dar. Für das Kennzeichenstrafrecht wird sie nach Auffassung einzelner Staatsanwälte – insbesondere in einfachen Fällen der vorsätzlichen Kennzeichenverletzung, vor allem für Erst- oder Gelegenheitstäter – als taugliches Mittel zur Verfahrensbeendigung angesehen. Gleichwohl führt das Institut in der Strafrechtspraxis ein Schattendasein¹⁰⁴⁹ und wird auch im Markenstrafrecht bislang nur äußerst selten angewendet.¹⁰⁵⁰

Nach Ansicht des Verfassers ist die Verwarnung jedoch als im Vergleich zur Geldstrafe mildere Maßnahme nicht grundsätzlich abzulehnen. Denn zumindest in Kombination mit der Anordnung einer spürbaren Auflage, so z.B. der Zahlung eines Geldbetrags, ist sie auch in Kennzeichenstrafverfahren als geeignetes Mittel zur General- und Spezialprävention anzusehen. Die Wirkung eines Urteilsspruchs durch ein Gericht hat vor allem für solche Täter, die erstmalig mit dem Gericht in Berührung kommen, möglicherweise eine abschreckendere Wirkung als eine Einstellung durch die Staatsanwaltschaft aus Opportunitätsgründen. Hier ist zu fragen, ob der durch die Begründung der Verwarnung entstehende Mehraufwand sich dadurch rechnet, dass sich die Täter in Zukunft gesetzestreu verhalten. Auch die immer noch vorherrschende Einschätzung von Markenverletzungen als Bagatelldelikte, die man mit möglichst wenig Aufwand erledigen muss, könnte sich so langsam ändern. Schließlich können gem. § 59 Abs. 3 S. 1 StGB neben der Verwarnung die Maßnahmen des Verfalls oder der Einziehung angeordnet werden, was von besonderer Wichtigkeit im Hinblick auf die Behandlung von schutzrechtsverletzender Ware ist.

4. *Strafzumessung*

Bei der Strafzumessung werden die für oder gegen den Täter sprechenden Umstände der Tat bewertet, um eine schuldangemessene Strafe zu ermitteln, § 46 StGB. Dabei sind auch im Markenstrafrecht die üblichen Zumessungsgesichtspunkte des § 46 Abs. 2 StGB wie Beweggründe und Ziele des Täters, Tatgesinnung, Art der Tatausführung sowie Vorleben des Täters und seine persönlichen Verhältnisse zu berücksichtigen.¹⁰⁵¹ Darüber hinaus sind vor allem der Umfang

¹⁰⁴⁹ Meist wird zu der verfahrensökonomischeren Möglichkeit der Einstellung nach § 153a Abs. 2 StPO gegriffen. Zu den weiteren Problemen der Verwarnung vgl. Horn, Ist die Verwarnung mit Strafvorbehalt noch zu retten?, NJW 1980, 106.

¹⁰⁵⁰ Im Jahre 2001 gab es nach der Strafverfolgungsstatistik bei 254 Verurteilungen nur zwei Verwarnungen, vgl. Kapitel tatsächlich, C. 1.

¹⁰⁵¹ Vgl. zum Vorgehen bei der Strafzumessung, Tröndle/Fischer, StGB, § 46 RN 26 ff.

¹⁰⁵² Nr. 16 Abs. 2 RiStBV.

¹⁰⁵³ Ausnahme: Die Sicherungsverwahrung und die Führungsaufsicht, §§ 66 und 68 StGB.

der Kennzeichenverletzung, der durch die Verletzung erzielte Umsatz sowie der sonstige Schaden, der dem Kennzeicheninhaber entstanden ist, besonders zu beachten. Zugunsten des Täters können Gesichtspunkte wie Bemühungen um Wiedergutmachung eingestellt werden.¹⁰⁵²

Sofern mehrere Gesetzesverletzungen vorliegen, ist auf eine Gesamtstrafe, § 53 Abs. 1 StGB zu erkennen, die nach § 54 StGB gebildet wird. Danach ist für jede Einzeltat die Strafe festzusetzen und dann unter erneuter Abwägung durch Erhöhung der höchsten Strafe die Gesamtstrafe zu bilden. Soweit Taten in Idealkonkurrenz zueinander stehen, ist das Absorptionsprinzip des § 52 Abs. 1 StGB zu beachten.

II. Weitere Sanktionsmöglichkeiten, Maßregeln der Besserung und Sicherung

Unter dem Oberbegriff der Maßnahmen, § 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB werden die Maßregeln der Besserung und Sicherung, §§ 61 ff. StGB – wie bspw. das Berufsverbot, § 61 Nr. 6 – sowie sonstige Maßnahmen wie insbesondere die Einziehung, der Verfall und die Unbrauchbarmachung zusammengefasst. Sie können unabhängig von einer Hauptstrafe verhängt werden, erfordern also grundsätzlich¹⁰⁵³ keine Verurteilung wegen einer schuldhaft begangenen Tat. Die für das Kennzeichenrecht in Frage kommenden Maßregeln und Maßnahmen sollen im Folgenden erörtert werden.

1. Einziehung

Gemäß § 143 Abs. 5 MarkenG können „Gegenstände, auf die sich die Straftat bezieht“, eingezogen werden. Die Rechtsnatur der Einziehung ist unterschiedlich. Sofern sie einen Täter oder Teilnehmer betrifft, handelt es sich um eine (Neben-)Strafe.¹⁰⁵⁴ Die Einziehung ist aber auch bei schuldlos handelnden Tätern möglich, § 74 Abs. 2 Nr. 2 StGB. In diesem Fall stellt sie eine reine Sicherungsmaßnahme dar, die auch Dritte treffen kann, vgl. §§ 143 Abs. 5 S. 2 MarkenG, 74a StGB. Die Einziehung ist immer fakultativ, sie wird bislang nicht als strafrechtliche Nebenfolge zwingend vorgeschrieben. Sie ist nicht nur bei der Verletzung der in § 143 geschützten Kennzeichnungen, sondern auch im Fall der Verletzung einer Gemeinschaftsmarke möglich, §§ 143a Abs. 2 i.V.m. 143 Abs. 5.

In der Rechtspraxis ist die Einziehung die am häufigsten angewandte Maßnahme, sie wurde – zusammen mit dem Verfall – im Jahre 2001 in fast 39% aller Verurteilungen aufgrund von Kennzeichenverletzungen angeordnet. Auch im Stadium

¹⁰⁵⁴ Tröndle/Fischer, StGB, § 74 RN 2.

¹⁰⁵⁵ Dies regelt jetzt der Vernichtungsanspruch des § 18 MarkenG.

des Ermittlungsverfahrens erfolgt oftmals bereits ein Verzicht des Beschuldigten auf die Rückgabe der einziehbaren Gegenstände, sog. formlose Einziehung.

a) Gegenstand der Einziehung

Unter Geltung des Warenzeichengesetzes (WZG) sah dessen § 30 in gleicher Weise wie im Zivilrecht die Vernichtung der mit der widerrechtlichen Kennzeichnung versehenen Waren vor. Nach Änderung durch das Produktpirateriegesetz wurde diese Vorschrift durch § 25a WZG ersetzt. Beide griffen ergänzend zur Einziehungsregelung nach § 74 StGB ein und waren auch im Zivilprozess anwendbar.¹⁰⁵⁵ Mit Einführung des § 25d Abs. 5 WZG wurden die Einziehungsmöglichkeiten dann deutlich erweitert.¹⁰⁵⁶ Insbesondere sollte die Neuregelung sicherstellen, dass sog. Pirateriewaren auch eingezogen werden können, wenn sie nicht beim Hersteller, sondern wie so oft erst beim Importeur oder beim Händler aufgefunden wurden.¹⁰⁵⁷ Dies stellte aufgrund der meist ins Ausland verlagerten Produktion eine immense Erleichterung für die Behandlung dieser Waren dar. Mit Einführung des neuen Markengesetzes wurde dieser Komplex durch den zivilrechtlichen Vernichtungsanspruch des § 18 und die strafrechtlichen Einzie-

¹⁰⁵⁶ Vgl. dazu 2. Kapitel E. II. 2.

¹⁰⁵⁷ Ernsthaller, Produktpirateriegesetz, GRUR 1992, 273 (277).

¹⁰⁵⁸ Statt vieler: Tröndle/Fischer, StGB, § 74 RN 5 bis 7.

¹⁰⁵⁹ Harte-Bavendamm-Holler, Handbuch der Markenpiraterie, § 5, Abschnitt 4, K. II. (S. 151).

¹⁰⁶⁰ Amtl. Begründung zu § 143 MarkenG, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, S. 120.

¹⁰⁶¹ Braun, Produktpiraterie, Kapitel 3, II. 3. c) aa) (S. 225).

¹⁰⁶² Cremer, Die Bekämpfung der Produktpiraterie in der Praxis, Mitt. 1992, 153 (169).

¹⁰⁶³ BGH vom 5. Dezember 1956, BGHSt 10, 28 (29 ff.); Sch/Sch-Eser, StGB, § 74 RN 12a.

¹⁰⁶⁴ Braun, Produktpiraterie, Kapitel 3, II. 3. c) aa) (S. 227).

¹⁰⁶⁵ LK-Schäfer, StGB, § 74a RN 10, im einzelnen Braun, Produktpiraterie, Kapitel 3, II. 3. c) aa) (S. 228).

¹⁰⁶⁶ Ekey/Klippel, MarkenR, § 143 RN 20.

lungsmöglichkeiten des § 143 Abs. 5 neu geregelt. Eingezogen werden können nunmehr Gegenstände, die unmittelbar durch eine mit Strafe bedrohte Handlung hervorgebracht wurden (*producta sceleris*), als Tatmittel zur Begehung oder Vorbereitung der Tat benutzt wurden oder hierzu bestimmt waren (*instrumenta sceleris*), § 74 StGB.¹⁰⁵⁸ Somit können im Geltungsbereich des MarkenG bzw. des StGB hergestellte Fälschungen, die Kennzeichenrechte verletzen, eingezogen werden. Sie wurden durch die mit Strafe bedrohte Handlung hervorgebracht.¹⁰⁵⁹

Von der Einziehung erfasst werden daneben auch Kennzeichnungsmittel wie Anhänger, Etiketten oder Aufkleber, vgl. § 14 Abs. 4 Nr. 1¹⁰⁶⁰, sowie Vorlagen zur Herstellung der Fälschungen, falls diese die Tat fördern oder zur Durchführung der Tat verwendet wurden oder werden sollten.

Hingegen sind kennzeichenverletzende Produkte, die nicht vom Täter selbst hergestellt wurden, sondern bspw. von ihm verkauft, eingeführt oder besessen werden, um sie in den Verkehr zu bringen, nicht aus der Tat der Zeichenverletzung selbst entstanden oder erzeugt.¹⁰⁶¹ Solche Handelsobjekte¹⁰⁶² sind weder Tatprodukt noch Tatwerkzeug und fallen damit nicht unter § 74 StGB. Sie können jedoch aufgrund der nach § 74 Abs. 4 StGB zulässigen Sonderregelung des § 143 Abs. 5 als sog. Beziehungsgegenstände der Tat eingezogen werden. Beziehungsgegenstände sind danach solche Gegenstände, die zwar nicht Werkzeug oder Produkt der Tat selbst sind, jedoch den notwendigen Gegenstand der Tat darstellen.¹⁰⁶³

b) Einziehungsvoraussetzungen

Grundsätzlich müssen die eingezogenen Gegenstände im Eigentum des Täters stehen, § 74 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Unabhängig von der Eigentumsfeststellung kann die Einziehung jedoch zum Schutz vor Gefahren – bspw. bei gefälschten Arzneimitteln oder Ersatzteilen für öffentliche oder private Transportmittel – angeordnet werden, § 74 Abs. 2 Nr. 2 StGB. Des Weiteren kann auch eine individuelle Gefährlichkeit der Gegenstände bestehen, wenn von diesen die Gefahr der Begehung rechtswidriger Taten ausgeht. Eine solche Gefahr wird jedoch nur im Falle von konkreten Anhaltspunkten für eine rechtswidrige Verwendung zu bejahen sein. Bei Gegenständen, bei denen die geplante rechtswidrige Verwendung nahe liegt, so z.B. bei Druckplatten, liegt eine konkrete Gefahr in der Regel vor.¹⁰⁶⁴

Die Einziehung von täterfremden Gegenständen ist erst seit Einführung des § 25d Abs. 5 S. 2 WZG durch das Produktpirateriegesetz – nunmehr § 143 Abs. 5 S.2 MarkenG –, welcher § 74 a StGB für anwendbar erklärt, möglich. Die Einziehung ist in diesen Fällen auch beim Besitzer möglich, wenn der Eigentümer oder Rechtsinhaber wenigstens leichtfertig dazu beigetragen hat, dass die Sache Mittel oder Gegenstand der Tat oder ihrer Vorbereitung gewesen sind oder er die Ge-

genstände in Kenntnis der Umstände, welche die Einziehung zugelassen hätten, in verwerflicher Weise erworben hat, § 74a Nr. 1 und 2 StGB.

Dabei kommt die Alternative des Nr. 1 zur Anwendung, wenn die Bereitstellung von Vorlagen, Kopierinstrumenten oder Transportmitteln grob fahrlässig durch den Eigentümer geschah, dieser also die Tat in groben Umrissen hätte voraussehen können.¹⁰⁶⁵ Die Blankettvorschrift¹⁰⁶⁶ des § 74a Abs. 2 Nr. 2 StGB beruht dagegen auf dem Gedanken, dass ein Gegenstand, der an sich der Einziehung unterliegt, auch dann noch eingezogen werden darf, wenn er von einem Dritten erworben wird, der dabei verwerflich handelt.¹⁰⁶⁷ Dies erfordert ein einverständliches Zusammenwirken des Dritten mit dem Vorbesitzer. Der Dritte muss subjektive Kenntnis derjenigen Umstände haben, die eine Einziehung zugelassen hätten, wobei bedingter Vorsatz ausreichen soll.¹⁰⁶⁸ Ein Problem bei der praktischen Anwendung dieser Vorschrift ist jedoch der Nachweis der sehr vagen „Verwerflichkeit“ des Erwerbers. Dieser muss in begünstigender, hehlerischer oder ausbeuterischer Absicht gehandelt haben und unterliegt insofern einem erhöhten Grad sittlicher Missbilligung.¹⁰⁶⁹

Somit können auch in das Eigentum eines bösgläubigen Erwerbers übergangene kennzeichenverletzende Waren eingezogen werden. Von der Einziehung sind nur diejenigen Fälle ausgeschlossen, in denen den Erwerber kein Vorwurf trifft. Dies trifft meist auf die Endabnehmer der widerrechtlich gekennzeichneten Waren zu. Denn ihnen wird man normalerweise weder einen Vorwurf der Leichfertigkeit der Ermöglichung der Tat noch einen verwerflichen Erwerb nachweisen können.

Überdies gilt das Verhältnismäßigkeitsprinzip des § 74b StGB, wonach die einzelne durch den Erwerb ermöglichte Tat regelmäßig kein großes Gewicht haben wird.¹⁰⁷⁰ Die Einziehung ist im Ergebnis dem Gericht immer dann verwehrt, sofern diese zur Bedeutung der begangenen Tat oder dem Vorwurf, der den Täter oder den Dritten trifft, in keinem Verhältnis steht. Da in solchen Bagatellfällen ohnehin meist eine Einstellung, ggf. gegen Auflagen oder den Verzicht auf die Rückgabe der sichergestellten Gegenstände stattfindet, dürften unverhältnismäßige Einziehungen im Markenstrafrecht die Ausnahme sein.

¹⁰⁶⁷ Tröndle/Fischer, StGB, § 74a, RN 5.

¹⁰⁶⁸ Str., vgl. ausführlich Braun, Produktpiraterie, Kapitel 3, II. 3. c) aa) (S. 228).

¹⁰⁶⁹ Harte-Bavendamm-Holler, Handbuch der Markenpiraterie, § 5, Abschnitt 4, K. II. (S. 153).

¹⁰⁷⁰ Hildebrandt, Die Strafvorschriften des Urheberrechts, 7. Kapitel B. III. 3. (S. 405).

Neben der Einziehung von Gegenständen kann auch die Einziehung des Wertersatzes angeordnet werden. Voraussetzung dafür ist die Inhaberschaft an einem Gegenstand, auf dessen Einziehung hätte erkannt werden können, wenn der Täter die Einziehung nicht durch Verkauf oder Verbrauch unmöglich gemacht hätte, § 74c Abs. 1 S. 1 StGB. In diesen Fällen kann das Gericht die Einziehung eines Geldbetrags bis zu der Höhe anordnen, die dem Wert des Gegenstands entspricht. Schließlich ist auch die selbstständige Anordnung der Einziehung – aber auch des Verfalls – möglich, § 76a StGB. Dies setzt voraus, dass keine bestimmte Person verurteilt werden kann, weil bspw. der Täter einer Kennzeichenverletzung unter mehreren Verdächtigen nicht festgestellt werden kann oder unbekannt bleibt, gleichwohl aber eine rechtswidrige und schuldhaft Tatbestandsverwirklichung vorliegt.¹⁰⁷¹

c) Vollzug der Einziehung

Rechtskräftig eingezogene Gegenstände werden Eigentum des Staats, § 74e StGB, der im Prinzip mit ihnen frei verfahren kann. Jedoch darf der Staat keine Kennzeichenverletzungen begehen.¹⁰⁷² Sofern die eingezogenen Gegenstände daher in gesetzeswidrigem Zustand sind, werden sie vernichtet, § 63 StrVollStrO. Die Begründung zum Produktpirateriegesetz geht davon aus, dass die Vernichtung der schutzrechtsverletzenden Waren die „Regelmaßnahme“ sein soll, um nämlich das Risiko für den Rechtsverletzer zu erhöhen und darüber hinaus sicherzustellen, dass solche Waren nicht wieder in den Verkehr gebracht werden.¹⁰⁷³

Ansonsten können die eingezogenen Waren verwertet werden, was durch öffentliche Versteigerung geschieht. Als Alternative zur Vernichtung oder der Versteigerung können Gegenstände, die in einem Verfahren wegen Straftaten nach einem Gesetz zum Schutz des geistigen Eigentums eingezogen wurden, gemäß § 67a

¹⁰⁷¹ Tröndle/Fischer, StGB, § 76a RN 6.

¹⁰⁷² Cremer, Die Bekämpfung der Produktpiraterie in der Praxis, Mitt. 1992, 153 (169).

¹⁰⁷³ Begründung zum PrPG, Bl. f. PMZ 1990, 169 (181), zum zivilrechtlichen Vernichtungsanspruch.

¹⁰⁷⁴ Begründung zum PrPG, Bl. f. PMZ 1990, 169 (181).

¹⁰⁷⁵ Ernsthaller, Produktpirateriegesetz, GRUR 1992, 273 (277).

¹⁰⁷⁶ Nachweise zum Meinungsstand in Tröndle/Fischer, StGB, § 73 RN 2 und 3.

¹⁰⁷⁷ Dies gilt im Übrigen auch für die Vernichtung, die Unbrauchbarmachung sowie die Beseitigung.

Abs.1 StrVollStrO an karitative oder humanitäre Einrichtungen abgegeben werden. Die Abgabe erfolgt erst dann, wenn der durch die Kennzeichenverletzung geschaffene rechtswidrige Zustand entfernt worden ist, § 67a Abs. 2 StrVollstrO. Insbesondere bei Bekleidung oder sonstigen Gebrauchsgütern ist die Weitergabe zu sozialen Zwecken sicher wünschenswert, sofern eine Abtrennung der rechtsverletzenden Kennzeichnungen ohne Beschädigung der Waren möglich ist.

d) Vorrang des Zivilrechts

Die Einziehung von markenverletzenden Waren unterbleibt, sofern der Markeninhaber seinen zivilrechtlichen Vernichtungsanspruch gem. § 18 MarkenG realisiert, § 143 Abs. 5 S. 2. Dies gilt aber nur, sofern dieser Anspruch im Adhäsionsverfahren nach den §§ 403 – 406c StPO geltend gemacht wird. Damit wird die Konkurrenz zwischen der strafrechtlichen Einziehung und dem zivilrechtlichen Vernichtungsanspruch zugunsten des Anspruchs des Zeicheninhabers gelöst und dem in erster Linie auf private Rechtsverfolgung angelegenen System des geistigen Eigentums Rechnung getragen.¹⁰⁷⁴ Der strafrechtliche Schutz der Kennzeichenrechte soll lediglich ergänzend zur privaten Rechtsverfolgung durch den Kennzeicheninhaber sein.¹⁰⁷⁵ Aufgrund der oben unter C. IV. 4. erläuterten äußerst geringen praktischen Bedeutung des Adhäsionsverfahrens wird eine Einziehung aufgrund vorrangiger zivilrechtlicher Ansprüche jedoch – anders als beim sogleich zu erörternden Verfall – nur in den seltensten Fällen ausscheiden.

2. Verfall

Die Täter von vorsätzlichen Kennzeichenverletzungen erzielen aus der rechtswidrigen Tat regelmäßig beträchtliche Gewinnspannen. Insofern kommt neben der Einziehung der Gegenstände der Tat auch die Abschöpfung von Vermögensvorteilen durch Anordnung des Verfalls in Betracht, §§ 73 – 73e StGB. Dies gilt insbesondere im Fall mehrerer – organisierter – Täter, deren gemeinsame Tatmotivation ausschließlich wirtschaftlich bedingt ist. Hauptaufgabe des Verfalls ist die Abschreckung vor gewinnorientierten Straftaten, indem dem Täter die rechtswidrig erlangten Gewinne entzogen werden. Der Verfall ist eine Maßnahme eigener Art und nach Auffassung des BGH nicht als Nebenstrafe anzusehen.¹⁰⁷⁶ Verfahrensrechtlich wird er wie die Einziehung behandelt, 442 StPO.¹⁰⁷⁷

a) Grundsätzlicher Verfall der Tatgewinne

Objekt des Verfalls sind alle Vermögensvorteile, die der Täter unmittelbar aus der Tat erlangt hat. Dies beinhaltet auch die gezogenen Nutzungen sowie die Surrogate, die an die Stelle der erlangten Vermögensvorteile getreten sind. Somit kann

alles eingezogen werden, was dem Täter durch die Straftat zugeflossen ist, mithin der gesamte Umsatz (Brutto-Prinzip) und nicht nur der tatsächliche Gewinn.¹⁰⁷⁸

Auch Dritte können vom Verfall betroffen sein. Dies jedoch nur dann, wenn der Täter für sie tätig geworden ist, vgl. §§ 73 Abs. 3, 14 StGB. Sofern eine Strafbarkeit des Erwerbers von kennzeichenverletzenden Waren nach § 259 StGB bejaht wird, kann schließlich auch gegen den Folgetäter, der z.B. den Hehlerlohn erlangt hat, der Verfall angeordnet werden.¹⁰⁷⁹

b) Subsidiarität des Verfalls

Eine wesentliche Einschränkung der Anwendung des Verfalls ergibt sich dadurch, dass der Verfall des Werts des Erlangten nicht angeordnet wird, wenn er dazu dienen soll, den Schutzrechtsinhaber zu entschädigen. Der Täter muss also den Verletzergewinn nicht doppelt herausgeben, sondern Vorrang hat immer der zivilrechtliche Anspruch des Markeninhabers, § 73 Abs. 1 S. 2 StGB. Eine doppelte Inanspruchnahme würde zu einem nicht beabsichtigten strafrechtlichen Sanktionscharakter des Verfallsanspruchs führen.¹⁰⁸⁰ Dabei kommt es anders als bei der

¹⁰⁷⁸ BGH vom 21. August 2002, 1 StR 115/02.

¹⁰⁷⁹ Lührs, Verfolgungsmöglichkeiten im Fall der Produktpiraterie, GRUR 1994, 264 (267).

¹⁰⁸⁰ Tröndle/Fischer, StGB, § 73 RN 11.

¹⁰⁸¹ BGH vom 15. März 1984, NSTz 84, 409. Man beachte den Wertungsunterschied zur Einziehung, die gem. § 143 Abs. 5 S. 3 MarkenG unterbleibt, wenn den zivilrechtlichen Ansprüchen stattgegeben wird.

Die bloße Existenz eines zivilrechtlichen Vernichtungsanspruchs genügt in diesen Fällen nicht.

¹⁰⁸² Harte-Bavendamm-Holler, Handbuch der Markenpiraterie, § 5, Abschnitt 4, K. III. (S.153).

¹⁰⁸³ Entwurf eines Gesetzes zur verbesserten Abschöpfung von Vermögensvorteilen aus Straftaten, BT-Ds. 13/9742 vom 4. Februar 1998, S. 2 und 16. Darin sollte bspw. auch eine begriffliche Vereinheitlichung des Verfalls und der Einziehung erfolgen.

Einziehung nur auf die rechtliche Existenz des zivilrechtlichen Ausgleichsanspruchs an, nicht jedoch auf seine Geltendmachung.¹⁰⁸¹ Da Schutzrechtsverletzungen im Markenrecht immer zivilrechtliche Schadensersatzansprüche des Verletzten auf das Verfallsobjekt, bspw. nach §§ 14 Abs. 6, 15 Abs. 5 MarkenG, oder nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. den Strafvorschriften des Markenrechts nach sich ziehen, kommt dem Verfall im Kennzeichenstrafrecht keine Bedeutung zu.¹⁰⁸²

Dieses Ausscheiden des Verfalls schon aufgrund der abstrakten Möglichkeit der Geltendmachung von Ansprüchen des Berechtigten hat sich nach Ansicht der Bundesregierung als „Totengräber des Verfalls“ erwiesen. Im Rahmen eines 1998 vorgestellten Gesetzesentwurfs zur verbesserten Abschöpfung von Vermögensvorteilen aus Straftaten war zur Beseitigung der Bedeutungslosigkeit des Verfalls u.a. die Streichung des § 73 Abs. 1 S. 2 StGB vorgesehen. Dies hätte zur Folge, dass der Verfall auch in den Fällen angeordnet werden kann, in denen dem Berechtigten Ausgleichsansprüche zustehen. Es war geplant, dass der Staat die auf Einziehung gerichtete Anordnung vollstreckt und im Umfang des dabei Erlangten die Schuld des Verletzers gegenüber dem Verletzten ausgleicht.¹⁰⁸³ Dieser Entwurf wurde jedoch nicht rechtzeitig innerhalb einer Legislaturperiode fertig gestellt und wurde nunmehr unter Hinweis auf Modellversuche in verschiedenen Ländern erst einmal zurückgestellt. Die Bundesministerin der Justiz hat eine Überarbeitung des Gesetzentwurfes angekündigt, weitere Informationen lagen zum Zeitpunkt der Fertigstellung dieser Arbeit nicht vor.

3. *Beseitigung und Vernichtung*

Anders als bei § 143 Abs. 5 ist bei der vorsätzlichen Verletzung geographischer Herkunftsangaben nicht die fakultative Einziehung von Gegenständen vorgesehen. Vielmehr muss im Urteil als Nebenfolge zwingend die Beseitigung der widerrechtlichen Kennzeichnung auf den damit versehenen Gegenständen angeordnet werden, § 144 Abs. 4. Begründet wird das Abweichen von den Einziehungsregeln mit dem unterschiedlichen Charakter der jeweils geschützten Rechte.¹⁰⁸⁴

Sofern eine Beseitigung – bspw. durch Abtrennung der Herkunftsangabe, Beseitigung der Umhüllung, Übermalung etc. – nicht möglich ist, wird subsidiär die Vernichtung der Ware beschlossen.¹⁰⁸⁵ Diese Vernichtungsregelung orientiert sich

¹⁰⁸⁴ Begr. zum PrPG, BT-DS 11/4792, Bl. f. PMZ 1990, S. 190; Die Gesetzesbegründung im MarkenG nimmt dazu überhaupt nicht Stellung, sondern verweist bzgl. der Abs. 3 und 4 des § 144 nur auf die Übernahme der § 26 Abs. 2 und 3 WZG, Begr. zum neuen MarkenG, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, S. 120.

¹⁰⁸⁵ Zur Verhältnismäßigkeit einer Einziehung zur Vernichtung vgl. LG Düsseldorf vom 4. Juli 1995, GRUR 1996, 66 (68) – adidas-Import.

an § 30 WZG¹⁰⁸⁶ und spiegelt die Tatsache wider, dass durch gHA keine Individualrechte geschützt werden, sondern der kollektive Goodwill aller in der Region ansässigen Unternehmer. Ihr kommt daher der Charakter einer Sicherungsmaßnahme zu, die einen künftigen Missbrauch der betroffenen Gegenstände verhindern soll.

Die Anordnung der Beseitigung oder der Vernichtung ist nicht vom Eigentum des Täters an den Gegenständen anhängig. Es genügt der Besitz zum Zeitpunkt der Vollstreckung, nicht jedoch der mittelbare Besitz.¹⁰⁸⁷ Kommt das Gericht der zwingenden Anordnung der Beseitigung oder Vernichtung nicht nach, so liegt eine Gesetzesverletzung vor, die mit der Revision gerügt werden kann.¹⁰⁸⁸

4. *Urteilsbekanntmachung*

a) Allgemeines

Grundsätzlich hat derjenige, der ein ihm günstiges Urteil erwirkt, nicht das Recht, dies öffentlich bekannt zu machen. Von der privaten – möglicherweise wettbewerbswidrigen – Publikation zu unterscheiden ist jedoch die durch eine gerichtliche Entscheidung angeordnete öffentliche Bekanntmachung. Der Sinn einer solchen Bekanntmachung ist es, dem Verletzten Genugtuung zukommen zu lassen.¹⁰⁸⁹ Darüber hinaus soll sie auch der Abschreckung sowie der Sensibilisierung der Öffentlichkeit im Hinblick auf Kennzeichenverletzungen dienen.¹⁰⁹⁰

¹⁰⁸⁶ Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 144 RN 10.

¹⁰⁸⁷ Baumbach/Hefermehl, WZG, § 30 RN 3, zu § 30 WZG.

¹⁰⁸⁸ Fezer, MarkenG, § 144 RN 23.

¹⁰⁸⁹ RG vom 13. Dezember 1938, RGSt 73, 24 (27); BGH vom 3. Juli 1956, BGHSt 10, 306 (316).

¹⁰⁹⁰ Harte-Bavendamm-Holler, Handbuch der Markenpiraterie, 3. Kapitel, Abschnitt 4, K. V. (S. 154).

¹⁰⁹¹ Str., Tröndle/Fischer, StGB, vor § 38 RN 5. Die Gegenansicht begreift sie als Institut gemischter Natur, RG vom 13. Dezember 1938, RGSt 73 (24).

¹⁰⁹² Vgl. 5. Kapitel C. IV. 3. - Tabelle 2. Anders aber: Harte-Bavendamm-Holler, Handbuch der Markenpiraterie, 3. Kapitel, Abschnitt 4, K. V. (S. 154), der von der Wahrnehmung und Umsetzung dieser Möglichkeit in der Praxis spricht.

¹⁰⁹³ Stellungnahme zum Grünbuch der Europäischen Kommission zur Bekämpfung von Nachahmung und Produkt- und Dienstleistungspiraterie im Binnenmarkt, GRUR 1999, 560 (565).

Die Anordnung der Urteilsbekanntmachung wird als Nebenfolge ohne Strafcharakter angesehen.¹⁰⁹¹ Sie ist nur möglich, wenn dies gesetzlich vorgesehen ist, so z.B. bei der Beleidigung, §§ 185, 200 StGB. Im Markenrecht kann die Bekanntmachung bei der Verletzung von Kennzeichenrechten nach §§ 143, 143a sowie bei der strafbaren Benutzung geographischer Herkunftsangaben nach § 144 erfolgen, §§ 143 Abs. 6, 144 Abs. 5.

In der Praxis kommt der Bekanntmachung kein besonderes Gewicht zu, sie wird nur selten angeordnet und selbst dann vor allem nur bei Urheberrechtsverletzungen wie der Videopiraterie.¹⁰⁹² Der GRUR e.V. geht davon aus, dass die Hauptfunktion der Bekanntmachung in der Praxis darin liegt, den Verletzer zu angemessenen Vergleichsangeboten zur Gesamtlösung des Konflikts zu bewegen.¹⁰⁹³

b) Veröffentlichung nach § 143 Abs. 6 MarkenG

Die Urteilsbekanntmachung ist naturgemäß von einer Verurteilung des Täters abhängig. Sie ist aber auch bei Erlass eines Strafbefehls zulässig, § 407 Abs. 2 Nr. 1 StPO.¹⁰⁹⁴ Stets Voraussetzung ist die Stellung eines entsprechenden Antrags durch den Verletzten. Dabei muss er sein berechtigtes Interesse an der Bekanntmachung der Verurteilung darlegen. Dieses Interesse bestimmt auch die Art und den Umfang der Bekanntmachung, nämlich die Zahl der Veröffentlichungen. Dies wird vom Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen bestimmt. Dabei wird zwischen dem Genugtuungsinteresse des Verletzten und dem Anliegen des Täters, eine Bloßstellung zu vermeiden, abgewogen.¹⁰⁹⁵ Auch die Art, der Umfang und die Dauerwirkung der dem Urteil zugrunde liegenden Kennzeichenverletzung sind zu berücksichtigen. Des Weiteren kann die Anzahl der verbreiteten Piraterieprodukte als Indiz für das Vorliegen des berechtigten Interesses dienen, da diese maßgeblich die Intensität der Beeinträchtigung beeinflussen.¹⁰⁹⁶

¹⁰⁹⁴ Anders noch Braun, Produktpiraterie, 3. Kapitel, II. 3. a) (S. 224), im Jahre 1993.

¹⁰⁹⁵ Harte-Bavendamm-Holler, Handbuch der Markenpiraterie, 3. Kapitel, Abschnitt 4, K. V. (S. 154); Tröndle/Fischer, StGB, § 200 RN 4.

¹⁰⁹⁶ Braun, Produktpiraterie, 2. Kapitel, II. 3. a) (S.222).

¹⁰⁹⁷ Seydel, Einzelfragen der Urteilsveröffentlichung, GRUR 1965, 650 (652). Die Inserate sind nach den Pressegesetzen der Länder als „Anzeige“ kenntlich zu machen.

¹⁰⁹⁸ RG vom 12. März 1909, RGSt 42, 241 (242).

¹⁰⁹⁹ BGH vom 24. April 1951, BGHSt, 1, 152 (155).

¹¹⁰⁰ Braun, Produktpiraterie, 2. Kapitel, II. 3. a) (S. 223).

¹¹⁰¹ BayObLG vom 5. August 1960, BayObLGSt 60, 192 (194); vom 26. Mai 1961, BayObLGS 61, 141 (142).

Bei der Bekanntmachung hat der Staatsanwalt nach Nr. 261b RiStBV darauf hinzuwirken, dass der Name des Verletzten in die Urteilsformel aufgenommen wird. Die Art der Bekanntmachung – üblicherweise als Inserat¹⁰⁹⁷ – in der Tagespresse oder in Fachblättern des einschlägigen Gewerbezweigs wird in dem Urteil festgelegt, § 143 Abs. 6 S. 2 MarkenG. Sofern das Gericht die Anordnung der öffentlichen Bekanntmachung unterlässt, kann der Verletzte, sofern er Nebenkläger ist, oder notfalls nach Anschließung, § 395 Abs. 2 Nr. 4, Abs. 1 StPO, dagegen Rechtsmittel einlegen.¹⁰⁹⁸

Falls Kennzeichenverletzungen mit Straftaten des Kernstrafrechts zusammentreffen, bei denen eine Bekanntmachung nicht möglich ist, ist nach Auffassung des BGH¹⁰⁹⁹ auch bei Tateinheit eine Veröffentlichung möglich. Das gleichzeitige Vorliegen einer schwereren Tat soll nicht zu einer Privilegierung des Verletzers führen.¹¹⁰⁰ Jedoch ist nur der Teil zu veröffentlichen, der sich auf die kennzeichenrechtliche Verurteilung bezieht. Bei Tatmehrheit mit anderen Straftatbeständen erstreckt sich die Bekanntgabe nur auf das Delikt, welches eine solche Maßnahme ermöglicht.¹¹⁰¹

Schließlich bleibt anzumerken, dass die Vollstreckung der Bekanntmachung stets durch die Vollstreckungsbehörde erfolgt. Dies jedoch erst auf besonderen Antrag des Antragsstellers, welcher innerhalb eines Monats nach Zustellung der Verurteilung zu stellen ist, § 463c Abs. 2 StPO. Gegen Dritte, die der Verpflichtung zur Veröffentlichung nicht nachkommen, eröffnet § 463c Abs. 3 StPO Zwangsmaßnahmen.

c) Bekanntmachung bei strafbarer Benutzung geographischer Herkunftsangaben

Im Falle der strafbaren Benutzung geographischer Herkunftsangaben erfolgt die Bekanntmachung nur, wenn das öffentliche Interesse dies erfordert, § 144 Abs. 5 MarkenG. Ausweislich der Begründung zum neuen Markengesetz liegt dieses vor, wenn eine erhebliche Irreführung des Publikums eingetreten ist.¹¹⁰² Dies wird dann der Fall sein, wenn nicht nur bei einem hinreichenden Teil, sondern bei der Mehrheit der angesprochenen Verkehrskreise eine eindeutig unrichtige Vorstellung über die geographische Herkunft der Produkte hervorgerufen wird.¹¹⁰³ Auf einen Antrag kann in einem solchen Fall nicht abgestellt werden, da es bei einer Verletzung einer Herkunftsangabe keinen in seinen Individualrechten verletzten Antragssteller gibt.¹¹⁰⁴

¹¹⁰² Amtl. Begründung zum neuen MarkenG, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, S. 120.

¹¹⁰³ Zur Irreführung bei der Verwendung von gHA vgl. 2. Kapitel D. II. 1.

¹¹⁰⁴ V. Schultz, MarkenR, § 144 RN 6:

¹¹⁰⁵ Ströbele/Hacker-Hacker, MarkenG, § 144 RN 12.

Bei der Bekanntmachung nach § 144 Abs. 5 ist ebenfalls eine unverhältnismäßige, weil übermäßige öffentliche Herabsetzung zu vermeiden, so dass i.d.R. eine Veröffentlichung des Urteilstenors ausreichen soll.¹¹⁰⁵ In der Praxis spielt die Bekanntmachung solcher Urteile jedoch keine Rolle, zumal die strafbare Verletzung geographischer Herkunftsangaben noch seltener als der Verstoß gegen die §§ 143, 143a Gegenstand eines Urteils ist.

5. *Berufsverbot*

Als weitere grundsätzlich mögliche Sanktion im Falle einer Verletzung der §§ 143 ff. und zur Verhinderung weiterer kennzeichenstrafrechtlicher Taten kann das Strafgericht ein Berufsverbot verhängen. Diese nach § 61 Nr. 6 StGB zulässige Maßregel soll die Allgemeinheit vor Gefahren schützen, die mit der Ausübung eines Berufs oder Gewerbes verbunden sind. Aus diesem Grund können nur spezialpräventive Gesichtspunkte ein Berufsverbot rechtfertigen.¹¹⁰⁶

Ein Berufsverbot kommt nach § 70 Abs. 1 S.1 StGB immer dann in Betracht, wenn der Täter

eine rechtswidrige Tat unter Missbrauch seines Berufs oder Gewerbes oder unter grober Verletzung der damit verbundenen Pflichten

begangen hat. Dabei muss der Täter die sich aus seinem Beruf ergebenden Möglichkeiten planmäßig und bewusst ausgenutzt haben. Ein bloßer Zusammenhang mit dem Beruf oder eine dadurch erlangte äußerliche Möglichkeit genügen noch nicht.¹¹⁰⁷ Sofern ein Produzent entsprechend seinem Gewerbe illegal Waren herstellt oder ein Händler diese verbreitet, ist der Anwendungsbereich eines Berufsverbots zweifellos eröffnet.¹¹⁰⁸ In dringenden Fällen kann bereits im Ermittlungsverfahren vom Richter ein vorläufiges Berufsverbot ausgesprochen werden, § 132 a StPO.

Die Anordnung eines Berufsverbots setzt weiter voraus, dass im Rahmen einer Gesamtwürdigung der Tat die Gefahr erheblicher weiterer Rechtsverletzungen in Verbindung mit der Ausübung des Berufs gegeben ist. Dabei soll weder die bloße Wiederholungsmöglichkeit noch die Gefahr berufsunabhängiger Taten alleine die

¹¹⁰⁶ Harte-Bavendamm-Holler, Handbuch der Markenpiraterie, § 5 Abschnitt 4 K. IV. (S. 153)

¹¹⁰⁷ Tröndle/Fischer, StGB, § 70 RN 3.

¹¹⁰⁸ Braun, Produktpiraterie, 2. Kapitel, II. 3. e) (S. 232).

¹¹⁰⁹ Harte-Bavendamm-Holler, Handbuch der Markenpiraterie, 3. Kapitel, Abschnitt 4, K. IV. (S. 154).

¹¹¹⁰ BGH vom 16. Januar 2003, 3 StR 454/02, www.hrr-Strafrecht.de.

Anordnung eines Verbots rechtfertigen.¹¹⁰⁹ Zudem unterliegt die Anordnung eines Berufsverbots stets einer Verhältnismäßigkeitskontrolle. Daher muss die Untersagung auf die Art des Missbrauchs zugeschnitten werden, wenn dadurch die Gefahr abgewendet werden kann.¹¹¹⁰ Bspw. ist anstelle des allgemeinen Verbots des „Handels mit Bekleidung“ eine Untersagung des „Handels mit Markenbekleidung“ anzuordnen.

Das Berufsverbot beträgt normalerweise zwischen einem und fünf Jahren, im Falle des § 70 Abs. 1 S. 2 StGB ist allerdings auch ein lebenslanges Verbot möglich. Bei längeren Berufsverboten ist zu beachten, dass ein auf gesetzlicher Grundlage ergangenes längeres Berufsverbot erheblich in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG eingreift. Die private und berufliche Existenz hängt unmittelbar mit dem Berufsverbot zusammen. Eine solche Einschränkung ist daher nur statthaft, wenn und solange sie zum Schutz überragender Gemeinschaftsgüter unerlässlich ist¹¹¹¹ und andere, weniger einschneidende Maßnahmen zur Gefahrenabwehr nicht ausreichen.

Trotzdem soll das Berufsverbot im Wirtschaftsstrafrecht theoretisch bedeutsam sein, da der Prävention von Wirtschaftsdelikten durch Berufsverbote eine hohe Bedeutung zugemessen wird.¹¹¹² Dies gilt aber nicht für das Markenrecht, wonach – soweit diesseits ersichtlich – bei Verletzungen der markenstrafrechtlichen Tatbestände bislang keine Berufsverbote verhängt wurden.¹¹¹³ Insgesamt wurde im Jahre 1998 bundesweit in weniger als 200 Fällen ein Berufsverbot angeordnet.¹¹¹⁴ Eine Bedeutungszunahme hätte im Rahmen des von der Europäischen Kommission vorgeschlagenen Entwurfs einer Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums erfolgen können.¹¹¹⁵ Dieser sah die Einführung umfangreicher Ladenschließungs- und Berufsverbote gegen Unternehmen vor, die vorsätzliche Schutzrechtsverletzungen begehen. Mit Streichung der strafrechtlichen Regelungen sind diese Maßnahmen vorerst entfallen. Wünschenswert wäre jedoch, wenn in geeigneten schweren Fällen von Markenpiraterie oder bei Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zumindest eine Prüfung der

¹¹¹¹ BVerfG vom 14. Dezember 1960, BVerfGE 19, 330 (337); vom 4. April 1984, BVerfGE 66, 337 (359).

¹¹¹² Erster periodischer Sicherheitsbericht der Bundesregierung, verabschiedet am 11. Juli 2001, im Internet abrufbar unter www.bmj.bund.de, Kapitel 2.4.6.3. (S. 156) 8letzter Seitenbesuch am 15. September 2004).

¹¹¹³ Vgl. dazu 5. Kapitel, C. III.

¹¹¹⁴ Erster periodischer Sicherheitsbericht der Bundesregierung, aaO (S. 157).

¹¹¹⁵ Zum Werdegang der RL vgl. 6. Kapitel B. IV. 2.

Anwendung dieser Maßnahme vorgenommen würde, um den gewerbsmäßigen Schutzrechtsverletzern keine Gelegenheit zur Begehung weiterer Taten zu geben.

III. Sanktionierung von Ordnungswidrigkeiten

Die Ordnungswidrigkeiten des § 145 MarkenG können im Falle des Abs. 1 mit einer Geldbuße bis zu EUR 2.500,00 geahndet werden, im Fall des Abs. 2 sogar mit einer Geldbuße bis zu EUR 10.000,00, § 145 Abs. 3. Bei fahrlässigem Handeln kann die Geldbuße nur bis zur Hälfte des angedrohten Höchstbetrages verhängt werden, § 17 Abs. 2 OWiG. Mit diesen – im Vergleich zu den regelmäßigen Geldbußen zwischen EUR 5 und 1.000, § 17 Abs. 1 OWiG – stark erhöhten Beträgen soll der Tatsache Rechnung getragen werden, dass es sich um Taten im Bereich des Wirtschaftsverkehrs handelt.¹¹¹⁶ Für solche Delikte soll ein höherer Bußgeldrahmen angesetzt werden als bspw. bei dem allgemeinen Tatbestand des § 124 OWiG, bei dem kein wirtschaftlicher Charakter vorliegt. Diese dem § 145 MarkenG verwandte Vorschrift ahndet unbefugte Verwendung von Wappen oder Dienstflaggen des Bundes oder der Länder mit einer Geldbuße. Sie kann auch angewendet werden, wenn der Verletzer nicht im geschäftlichen Verkehr handelt oder er das Zeichen nicht zur Kennzeichnung von Waren oder Dienstleistungen verwendet. § 124 OWiG steht in Gesetzeseinheit zu § 145, tritt nämlich hinter diese speziellere Vorschrift zurück.¹¹¹⁷

Darüber hinaus ordnet § 145 Abs. 3 die Anwendung des § 144 Abs. 4 an, nachdem die missbräuchlichen Hoheitszeichen beseitigt werden müssen. Sofern dies unmöglich ist, sind die mit den Zeichen versehenen Waren zu vernichten. Hier gilt nichts anderes als bei § 144 Abs. 4, weshalb auf die Ausführungen oben unter D. II. 3. verwiesen werden darf.

¹¹¹⁶ Amtl. Begründung zum neuen MarkenG, Bl. f. PMZ 1994, Sonderheft, S. 120.

¹¹¹⁷ Göhler, OWiG, § 124 RN 5.

5. Tatsächliche Sanktionierung von Kennzeichenverletzungen

A. Vorbemerkung

Die in den letzten Jahren wieder verstärkt einsetzende Diskussion über die Notwendigkeit markenstrafrechtlicher Regeln beruht vor allem auf der stetig wachsenden Zahl an Nachahmungen von Markenprodukten. Dieses Ansteigen lässt sich zum einen mit den besseren Möglichkeiten zur Herstellung immer perfekterer Kopien begründen, wobei der technische Fortschritt nunmehr auch in den sog. Entwicklungsländern und in Osteuropa als den Hauptherkunftsländern von Nachahmungen Einzug gehalten hat. Zum anderen sind Marken heute wichtige Güter für Unternehmen, welche den für Waren oder Dienstleistungen erzielbaren Preis enorm steigern können. Der Wert weltbekannter Marken ist mit mehreren Milliarden Euro zu beziffern¹¹¹⁸ und selbst lokal bekannte Kennzeichnungen können den Produktabsatz in einem immer engeren Markt erheblich steigern. Markenartikel sind heute Teil des Alltags. Die Marke verleiht dem Produkt Identität und Profil, der Verbraucher erhält Orientierung und Transparenz über das Warenangebot, die Kaufentscheidung wird erleichtert. Ein gutes Markensortiment schafft ein positives Image, erhöht Kundenfrequenz und -bindung, Flächenproduktivität und vermindert das Absatzrisiko.¹¹¹⁹

Aufgrund der mit der Marke verbundenen Werte wird die Bedeutung des geistigen Eigentums von den Unternehmen in der Konsumgütergesellschaft immer höher eingeschätzt. Insofern könnte man die bekannte „Fanta“-Werbung in der umgekehrten Form „Image ist alles, Durst ist nichts“ als Motto der Konsumgesellschaft verstehen. Dieses von der Marke vermittelte Qualitätsversprechen der Unternehmen an die Verbraucher wird von den Markenverletzern ausgenutzt, um an den sich daraus ergebenden Gewinnmöglichkeiten zu partizipieren.

Zudem entstehen durch die Globalisierung und „Digitalisierung“ des Handels neue und bislang vergleichsweise risikoarme Märkte für Markenpiraten. So wird mittlerweile sehr häufig gefälschte Ware über Online-Auktionshäuser vertrieben. Im Rahmen von Einzelauktionen werden systematisch Fälschungen, Parallelimporte und Nachahmungen an die meist ahnungslosen Verbraucher verkauft.¹¹²⁰

¹¹¹⁸ Gemäß der von der Agentur Interbrand im Jahre 2003 durchgeführten gleichnamigen Studie ist die weltweit wertvollste Marke weiterhin „Coca-Cola“ mit einem Wert von 70,5 Mrd. Dollar, gefolgt von „Microsoft“ und „IBM“. Die wertvollste deutsche Marke ist „Mercedes“ mit 23,7 Mrd. Dollar.

¹¹¹⁹ Güldenbergh, Der volkswirtschaftliche Wert und Nutzen der Marken, GRUR 1999, 843.

¹¹²⁰ Jahresbericht des Markenverbandes 2001/2002, S. 35. Auch dem Verfasser sind aus der anwaltlichen Praxis schon einige Fälle des massenhaften und gezielten Vertriebes gefälschter Markentextilien über Auktionsplattformen bekannt geworden.

Durch die vermeintliche Anonymität – bspw. durch Benutzung gefälschter oder später gelöschter „Accounts“ – des Händlers einer solchen Auktion, bei der der Verbraucher die Ware zudem nur im Internet betrachten kann und oft auch nur Einzelstücke eines gefälschten Produkts abgegeben werden, ist die Wahrscheinlichkeit einer zivil- oder gar strafrechtlichen Verfolgung gering. Mittlerweile ist dieser neue Absatzweg zum Glück den meisten Staatsanwaltschaften bekannt und wird auch – zumindest wenn es sich um eine größere Anzahl gefälschter Waren oder einen größeren Schaden handelt – ernst genommen und verfolgt.

In diesem Kapitel wird ein Überblick über das reale Ausmaß von Markenverletzungen gegeben sowie Einzelheiten zur rechtlichen Verfolgung durch die Ermittlungsbehörden dargestellt. Es soll versucht werden, die tatsächliche Bedeutung der Tatbestände und deren einzelner Alternativen nachzuweisen sowie Probleme der Strafverfolgung aufzuzeigen. Sollte sich nämlich die von den Rechtsanwendern bisweilen geäußerte Vermutung bestätigen, dass eine Strafverfolgung nur in den Fällen erfolgt, in denen eine Vielzahl von nachgeahmten Gütern massive Schäden der Markeninhaber verursacht hat, und die Verfolgungsintensität ansonsten gering ist, könnte dies die Notwendigkeit einer so umfassenden Regelung, wie sie die §§ 143 ff. MarkenG vorsehen, in Frage stellen. Auch könnte dies der schon in der Vergangenheit geäußerten Forderung nach einer stärkeren tatbestandlichen Differenzierung der verschiedenen Unrechtsgrade, bspw. durch Einführung eines Produktpiraterietatbestands wieder Auftrieb verleihen. Diese Verknüpfung der rechtlichen Wirksamkeit der Regelungen des Markenstrafrechts mit der Notwendigkeit ihrer tatsächlichen Anwendung soll im 7. Kapitel diskutiert werden.

Im Folgenden werden – nach kurzer Darstellung der wirtschaftlichen Auswirkungen von Markenverletzungen (dazu B.) – zunächst die aus den verschiedenen Statistiken der Bundesregierung und der Europäischen Union in Bezug auf Kennzeichenverletzungen ermittelbaren Daten ausgewertet. Neben der jährlich publizierten Strafverfolgungsstatistik sind dies vor allem der Jahresbericht 2002 zur Wirtschaftskriminalität, der Erste Periodische Sicherheitsbericht 2001 sowie die beiden Produktpiraterieberichte der Bundesregierung. Auch die vom Zoll erstellten Grenzbeschlagnahmestatistiken werden kurz angerissen (dazu C.). Des Weiteren soll die tatsächliche Anwendung der Strafvorschriften des Markenrechts im Rahmen von Ermittlungsverfahren durch die Staatsanwaltschaften ebenfalls erläutert werden, da nur dadurch mögliche Besonderheiten und Probleme bei der Umsetzung des gesetzgeberischen Willens sichtbar werden. In diesem Zusammenhang hat der Verfasser zwecks Gewinnung möglichst aktuellen Datenmaterials – die Erkenntnisse des 2. Produktpiraterieberichts der Bundesregierung gehen auf das Jahr 1999 zurück – eine eigene Umfrage vorgenommen (dazu D.).

B. Wirtschaftliche Auswirkungen

Ungeachtet der Diskussion über die rechtliche Bedeutung der Straftatbestände des Markenrechts ist unbestritten, dass Nachahmungen von Markengütern immense wirtschaftliche Schäden verursachen. Gemäß der Schätzung des von der Internationalen Handelskammer gegründeten Counterfeiting Intelligence Bureau machen Fälle von Markenverletzungen bzw. Produkt- und Dienstleistungspiraterie ca. 5-7% des Welthandels aus.¹¹²¹ Für den Bereich der Europäischen Union wird davon ausgegangen, dass die Piraterie zum Verlust von 100.000 Arbeitsplätzen jährlich führt.¹¹²² Davon sollen alleine 50.000 auf die Bundesrepublik Deutschland entfallen. Demgegenüber steht die Zahl von 1,5 Mio. Arbeitsplätzen, die hierzulande auf die Markenartikelindustrie entfallen. Der Anteil dieses Wirtschaftszweigs an der Leistung der deutschen Volkswirtschaft wird auf ca. 9% geschätzt, dies entspricht einem Umsatz von etwa DM 550 Mrd. im Jahre 1998.¹¹²³

Neben der Vermeidung von wirtschaftlichen Einbußen der Markeninhaber und des Staates aufgrund von Steuerausfällen können Schutzrechtsverletzungen im Extremfall sogar Leib und Leben gefährden. So entstehen erhebliche Gesundheitsrisiken durch nachgeahmte Produkte im Gesundheitswesen. Auch die öffentliche Sicherheit und Ordnung kann beeinträchtigt werden, bspw. durch Verwendung von gefälschten Ersatzteilen minderer Qualität in Kraftfahrzeugen oder Flugzeugen. Des Weiteren wird der Binnenmarkt negativ beeinflusst, sofern die Täter unterschiedliche Schutzrechtsniveaus in den Mitgliedsstaaten ausnutzen. Dies führt zu einer Verzerrung des Handels und des Wettbewerbs. Schließlich müssen Unternehmen, Erfinder und Künstler darauf vertrauen können, dass ihre Arbeit und ihre Rechte wirkungsvoll geschützt werden.¹¹²⁴ Schon diese nur schlagwortartig aufgezählten Gesichtspunkte zeigen, dass die weitere Ausbreitung von vorsätzlichen Schutzrechtsverletzungen erhebliche Auswirkungen nicht nur auf die Wirtschaft, sondern auch auf die Gesellschaft haben kann.

Während noch in den achtziger Jahren des letzten Jahrhunderts Fälschungen vor allem bei hochpreisigen Luxusartikeln eine Rolle spielten, wird heute nahezu alles nachgeahmt, was sich ohne großen Aufwand verkaufen lässt: Von Ersatzteilen der Automobil- und Flugzeugindustrie über Arzneimittel und Sportartikel bis hin

¹¹²¹ Aufgrund der ohnehin recht groben Schätzungen soll hier nicht zwischen Nachahmung der Waren und Verletzung der Marke unterschieden werden, zumal oft beides einhergeht.

¹¹²² Grünbuch zur Bekämpfung von Nachahmungen und Produkt- und Dienstleistungspiraterie im Binnenmarkt (im Folgenden Grünbuch Produktpiraterie) der EU-Kommission von Oktober 1998, EG-Dok. KOM 98/559 endg. vom 15. Oktober 1998.

¹¹²³ Analyse von McKinsey im Auftrag des Markenverbands 1999, Güldenburger, Der volkswirtschaftliche Wert und Nutzen der Marke, GRUR 1999, 843 (846).

¹¹²⁴ Grünbuch Produktpiraterie, 1.2, S. 5.

zu einfachen Produkten wie Staubsaugerbeutel oder Holzpaletten.¹¹²⁵ Dies zeigt, dass die Produkt- und Markenpiraterie nicht mehr nur auf spezielle Wirtschaftszweige beschränkt ist, sondern dass die vorsätzliche Verletzung von Kennzeichnungen in allen Bereichen geschäftlicher Tätigkeit erfolgt. Ganz besonders von Nachahmungen betroffenen sind vor allem die folgenden Branchen:¹¹²⁶

Branchen	Prozentsatz an Nachahmungen
Informatik (Software etc.)	39
Audiovisuelles	16
Textilien	10 bis 16
Musik	10
Autoersatzteile	5 bis 10
Sport und Freizeit	5 bis 7

Tabelle 1: Von Markenverletzungen betroffene Branchen.

Bei einem Besuch des Verfassers in Istanbul konnten nicht nur von Straßenhändlern, sondern in fast allen ca. 4000 Geschäften des sog. „großen Basars“ gefälschte Markenprodukte erworben werden, so vor allem Luxushandtaschen, Bekleidung und sonstige Lederwaren. Thematisiert werden sollte dies – wie auch schon bei der Aufnahme der mittel- und osteuropäischen Staaten geschehen – bei den anstehenden Beitrittverhandlungen der Türkei zur EU. Unzählige nachgeahmte Markenwaren finden sich aber auch in südeuropäischen Großstädten, bspw. in Rom oder Neapel. Viele dieser Produkte werden von findigen Händlern gezielt nach Deutschland exportiert und hier verkauft. Teilweise handelt es sich sogar um Auftragsherstellungen deutscher Textilproduzenten, die sich möglichst günstig an erfolgreiche Produkte und Designs bekannter Markenhersteller „anlehnen“ wollen. Diese auf Nachahmung des geistigen Eigentums der Schutzrechtsinhaber abzielende Form der Wirtschaftskriminalität, die oft noch nicht einmal die Täuschung der Verbraucher bezweckt, ist zu einer ernsthaften Gefahr für den Welthandel geworden. Durch die Einsparung eigener Produktentwicklungskosten, die Ausnutzung unterschiedlicher Lohnniveaus – oft einhergehend mit Kinderarbeit oder dem Unterlaufen sonstiger Verordnungen zum Schutz von Arbeitnehmern – und der geringeren Verfolgungsintensität in einzelnen Ländern – selbst innerhalb der EU – erzielen die Markenverletzer einen erheblichen Gewinn, in dem nämlich alle üblicherweise bei der Herstellung geltenden Vorschriften umgangen werden.

¹¹²⁵ Güldenbourg, Der volkswirtschaftliche Wert und Nutzen der Marken, GRUR 1999, 843.

¹¹²⁶ Tabelle aus der Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Wirtschaftsausschuss über Folgemaßnahmen zum Grünbuch Produktpiraterie vom 17. November 2000, KOM (2000) 789.

Wenngleich die dargestellten Beispiele vor allem auf solche Täter zutreffen, die mehr oder weniger organisiert, absichtlich und gewerbsmäßig Markenverletzungen im Sinne von Produktpiraterie begehen, so führt selbst die einfache vorsätzliche Markenverletzung unstreitig zu Schäden auf Seiten des Markeninhabers und zur Verwirrung des Markts. Selbst der Täter, der innerhalb Deutschlands oder in der EU produziert und „nur“ bedingt vorsätzlich eine ältere Marke verletzt, bspw. in dem er ein verwechselbar ähnliches Zeichen verwendet, kann wirtschaftlich davon profitieren. Er erspart sich den zeit- und kostenintensiven Aufbau eines Markenimages, Produktentwicklungskosten (Design) sowie entsprechende Werbung. Anders als bei den massenhaften Schutzrechtsverletzungen entstehen die Schäden in diesen Fällen aber vor allem nur auf Seiten der Zeicheninhaber. Insofern könnte man sich die Frage stellen, inwieweit hier strafrechtliche Regeln eingreifen müssen. Ein Ausgleich der Verluste könnte bspw. auf zivilrechtlichem Wege geltend gemacht werden. Steuerausfälle für den Staat oder Gefahren für die Allgemeinheit drohen in diesen Fällen selten. Dieser Frage soll ebenfalls im abschließenden 7. Kapitel nachgegangen werden.

C. Statistiken zu Kennzeichenverletzungen

Aufgrund der steigenden Bedeutung der Markenpiraterie wurde einerseits das tatsächliche Ausmaß von Markenverletzungen, aber auch das zur Bekämpfung von Verletzungshandlungen zur Verfügung stehende rechtliche Instrumentarium von diversen Stellen in der Vergangenheit untersucht. Exemplarisch sollen nachfolgend die Erkenntnisse der amtlichen Strafverfolgungsstatistik 2001 und 2002 (I.), des Jahresberichts Wirtschaftskriminalität 2002 des Bundeskriminalamts (I.) sowie des Ersten Periodischen Sicherheitsberichts 2001 des BMI und des BMJ (III.) dargestellt werden, soweit diese Aussagen in Bezug auf Markenverletzungen enthalten. Des Weiteren werden die Ergebnisse der beiden Produktpiraterieberichte 1993 und 1999 der Bundesregierung (IV.), die Sondierungen der Europäischen Union (V.) und die vom Zoll – aufgrund der Zuständigkeit für die Grenzbeschlagnahme gefälschter Waren – erstellten Statistiken (VI.) beleuchtet.

I. Strafverfolgungsstatistiken 2001 und 2002

In der vom Statistischen Bundesamt jährlich herausgegebenen Strafverfolgungsstatistik sind die von den deutschen Strafgerichten rechtskräftig abgeurteilten und verurteilten Personen verzeichnet. Aussagen über die Bearbeitung von Ermittlungsverfahren können daraus nicht entnommen werden. Mangels der immer noch nicht flächendeckenden Erfassung der Daten in den neuen Bundesländern beziehen sich die Angaben der Statistik nur auf die alten Länder sowie West-Berlin.

Ausweislich der Strafverfolgungsstatistik 2001 wurden in diesem Jahr insgesamt 254 Fälle von Vergehen nach dem Markengesetz registriert.¹¹²⁷ Zur besseren Einordnung dieser Zahlen ist zu erwähnen, dass es im gleichen Zeitraum 360 Gerichtsverfahren wegen Verletzungen der Strafvorschriften des Urheberrechts und 290 nach denen des UWG gab.¹¹²⁸ Zu berücksichtigen ist dabei, dass in den bei den Gerichten geführten Statistikprogrammen Strafverfolgungsverfahren meistens nur unter einem Delikt erfasst werden. Sofern also bspw. ein Vergehen gegen das Urheberrecht in Tateinheit mit einer Kennzeichenverletzung steht, wird dieses Delikt nicht unbedingt als Markenverletzung aufgelistet. Somit handelt es sich bei den 254 Fällen von Gerichtsverfahren um solche, bei denen die Markenverletzung im Vordergrund der Tat steht. Von diesen wegen Verletzung der §§ 143 ff. Angeklagten wurden 175 als Täter verurteilt, 12 freigesprochen und 65 Verfahren eingestellt.¹¹²⁹ Zwei Angeklagte erhielten Verwarnungen mit Strafvorbehalt nach § 59 StGB. Eine Verurteilung wegen Versuchs erfolgte in keinem Verfahren.

In Bezug auf die Art der Strafe im Fall der Verurteilung wurde in 162 Fällen (92,6%) auf Geldstrafe erkannt, Freiheitsstrafen kamen nur in 13 Fällen (7,4%) zur Anwendung.¹¹³⁰ Dabei wurde bei der Verhängung von Geldstrafen ganz überwiegend (51,8%) ein Strafmaß zwischen 31 bis 90 Tagessätzen angeordnet. Weitere 31,5% der Strafen lagen im Bereich von 16 bis 30 Tagessätzen. Höhere Strafen als 90 Tagessätze kamen nur in 12,3% der Fälle vor, bei Betrachtung nur der Strafen über 180 Tagessätze lag dieser Anteil gar nur bei 3,1%.¹¹³¹

Einen nicht unerheblichen Einfluss auf die Strafhöhe hat auch die Bemessung der Höhe eines Tagessatzes. Im allgemeinen Strafrecht bewegt sich dessen Höhe schwerpunktmäßig (48%) zwischen EUR 10 und EUR 25,60 (ehemals DM 20 bis 50). Jeweils bei rund einem Fünftel der Strafen wird eine Tagessatzhöhe von EUR 5,10 – 10,20 (DM 10 bis 20) bzw. EUR 25,60 bis 51,10 (DM 50 bis 100) angenommen. Nur lediglich ca. 1% der zu Geldstrafe Verurteilten wird zu Tagessätzen von mehr als EUR 50,00 verurteilt.¹¹³² Ein monatliches Nettoeinkommen von EUR 1500,00 dürfte aber sicherlich bei mehr als einem Prozent der Verurteilten vorliegen. Insofern wird oft bemängelt, dass die Höhe des Tagessatzes in vie-

¹¹²⁷ Strafverfolgungsstatistik 2001, Tabelle 2.1.

¹¹²⁸ Zum weiteren Vergleich: Es erfolgten in 2001 insgesamt 130.322 Verurteilungen aufgrund der §§ 263 – 266 StGB (Betrug und Untreue).

¹¹²⁹ Strafverfolgungsstatistik 2001, Tabelle 2.2.

¹¹³⁰ Strafverfolgungsstatistik 2001, Tabelle 2.3.

¹¹³¹ Strafverfolgungsstatistik 2001, Tabelle 3.3.

¹¹³² Jehle, Strafrechtspflege in Deutschland 2003, 3.3 (S. 32), basierend auf der Strafverfolgungsstatistik.

len Fällen viel zu niedrig angesetzt wird. Dies führe insgesamt zu einer zu milden Bestrafung der Täter.¹¹³³

Im Markenstrafrecht liegt die Höhe eines Tagessatzes ebenfalls überwiegend zwischen EUR 10,20 und 25,60. Für den anteilmäßig größten Bereich der Strafen zwischen 31 bis 90 Tagessätzen ist dies bei etwas über der Hälfte (53,6%) aller Strafen der Fall. Ein weiteres Fünftel machen Fälle mit Tagessätzen zwischen EUR 5,10 bis 10,20 aus. Mehr als EUR 25,60 wurden nur in 15,4% und mehr als EUR 51,10 nur in 2,4% der Fälle festgesetzt.

Bei Betrachtung der zweithäufigsten Strafen zwischen 16 bis 30 Tagessätzen betrug die Höhe des Tagessatzes ganz überwiegend (64%) zwischen EUR 10,20 und 25,60. In weiteren 20% dieser Verurteilungen wurde der Tagessatz zwischen EUR 5,10 und 10,20 festgelegt. Lediglich der Anteil der Tagessatzhöhen über EUR 25,60 sinkt leicht auf 11,8%.¹¹³⁴ Auch bei den restlichen Verfahren dominiert eine Tagessatzhöhe zwischen EUR 10,20 und 25,60, ihr Anteil liegt bei 60% in Verfahren mit Geldstrafe von 91 bis 190 Tagessätze, sowie sogar bei 71% in den Fällen der Verurteilung zu 5 bis 15 Tagessätzen.

Beim Vergleich dieser Zahlen mit der Tagessatzhöhe im allgemeinen Strafrecht zeigt sich, dass der Anteil von Tagessätzen zwischen EUR 10,20 und 25,60 in markenstrafrechtlichen Verfahren etwas höher ausfällt. Dies ist aber für eine Wirtschaftsstraftat nicht ungewöhnlich. Die Fälschung oder das Importieren von Waren erfordert einen gewissen finanziellen und organisatorischen Einsatz seitens des Täters, der nicht von völlig oder nahezu mittellosen Personen erbracht werden kann. Ungeachtet dessen ist aber auch der Anteil von Tagessätzen von mehr als EUR 25,60 geringer als sonst. Da aus den dargestellten Aspekten die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Täter im Markenstrafrecht sicherlich nicht geringer ausfällt als bei sonstigen Delikten, kann höchstens auf einen höheren Anteil von selbstständigen Gewerbetreibenden als Täter spekuliert werden, die – schwer nachprüfbar – ein vergleichsweise geringes Nettoeinkommen angeben.

Wenn man insgesamt die in mehr als 80% der Fälle festgesetzte Anzahl der Tagessätze von 16 bis 90 sowie die überwiegende Tagessatzhöhe von EUR 10,20 bis 25,60 zusammenzieht, ergibt sich ganz grob eine durchschnittliche Bandbreite der Geldstrafen im Markenstrafrecht von im Minimum zwischen EUR 160,00 und 410,00 bis zu einem Maximum von EUR 920,00 bis 2.300,00. Dieser Strafrahmen stellt sicherlich keine besondere Abschreckung der Täter dar, die mit gefälschten Waren regelmäßig erheblich höhere Gewinne verbuchen können.

Bei weiterer Betrachtung der 13 Fälle von Verurteilungen zu Freiheitsstrafe ist festzuhalten, dass diese in 11 Fällen (85%) zur Bewährung ausgesetzt wurde. Die

¹¹³³ Zum Teil liegt dies auch in der Schwierigkeit der Einkommensschätzung bei Selbstständigen begründet.

¹¹³⁴ Strafverfolgungsstatistik 2001, Tab. 3.3.

Höhe der Strafen wurde dabei in fünf Verfahren mit sechs bis neun Monaten festgelegt, in zwei Fällen zwischen neun Monaten bis zu einem Jahr und in einem weiteren Fall mit einem bis zwei Jahre. Sofern keine Aussetzung der Strafe erfolgte, betrug das Strafmaß in einem Fall ebenfalls ein bis zwei Jahre und in einem zweiten Fall gar zwei bis drei Jahre. Ob hier noch andere Delikte bei der Strafbemessung berücksichtigt wurden, ist den Daten nicht zu entnehmen, aber anzunehmen.

Hinsichtlich der Verhängung von Nebenstrafen ist wesentlich, dass in 68 Fällen (38,8% aller Verurteilungen) der Verfall oder die Einziehung angeordnet wurde und es in einem Fall sogar zum Erlass eines Fahrverbots kam.¹¹³⁵

Abschließend bleibt zu erwähnen, dass der Anteil von ausländischen Straftätern an der Gesamtzahl der Verurteilten 38,9% betrug. Im Vergleich zum Anteil dieser Täter bei Verurteilungen nach dem UrhG (11,9%), dem UWG (16,7%) oder den Betrugstatbeständen (18,4%)¹¹³⁶ ist diese Quote recht hoch und lässt sich möglicherweise durch die fast immer vorliegende Herstellung der schutzrechtsverletzenden Waren im Ausland erklären. Scheinbar erfolgt in diesen Fällen auch die strafbare Kennzeichenverletzung im Inland häufig durch Personen nichtdeutscher Staatsangehörigkeit.

Für das Jahr 2002 ging die Zahl der Gerichtsverfahren im Markenstrafrecht auf 201 zurück. Davon wurde in 143 Fällen der Angeklagte als Täter verurteilt. Von den verbleibenden 58 Verfahren wurden 6 Angeklagte freigesprochen, der Rest eingestellt. In diesem Berichtsjahr erfolgte nur eine Verurteilung zu Freiheitsstrafe, sie betrug zwischen sechs bis neun Monaten und wurde zur Bewährung ausgesetzt. Alle restlichen Verurteilungen führten zu Geldstrafen. Der Vollständigkeit halber soll noch angemerkt werden, dass es in diesem Jahr sogar je eine Verurteilung wegen Patent- bzw. Geschmacksmusterverletzung gab.¹¹³⁷

II. Jahresbericht Wirtschaftskriminalität 2002

Wie im 4. Kapitel erläutert werden Markenverletzungen der Wirtschaftskriminalität zugeordnet. Daraus resultiert auch die verfahrensrechtliche Zuständigkeit der Wirtschaftsstrafkammer nach § 74c Nr. 1 GVG. Ausweislich des vom Bundeskriminalamt im Jahre 2002 herausgegebenen Jahresberichts zur Wirtschaftskriminalität¹¹³⁸ lassen sich von allen in der polizeilichen Kriminalstatistik (PKS) erfassten Straftaten zwar nur 1,3% der Wirtschaftskriminalität zuordnen, nämlich ins-

¹¹³⁵ Strafverfolgungsstatistik 2001, Tabelle 5.

¹¹³⁶ Strafverfolgungsstatistik 2001, Tabelle 8.3.

¹¹³⁷ Strafverfolgungsstatistik 2002, Tabellen 2.2 und 2.3.

¹¹³⁸ Im Internet als .pdf-Dokument abrufbar, www.bka.de.

gesamt 86.030 Fälle.¹¹³⁹ Diese Taten führten gleichwohl zu einem Schaden von EUR 4,19 Mrd., was einem Anteil von ca. 50 % an allen in der PKS registrierten Schäden von EUR 9,84 Mrd.¹¹⁴⁰ entspricht. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass zwei Drittel der Fälle von Wirtschaftskriminalität mit Betrugsdelikten in Zusammenhang zu bringen sind.

In Bezug auf Verletzungen von Kennzeichenrechten unterscheidet der Bericht einerseits zwischen Markenpiraterie als dem illegalen Verwenden von Zeichen, Namen, Logos (Marken) und geschäftlichen Bezeichnungen, die zur Kennzeichnung der Produkte eingesetzt werden, und andererseits der Produktpiraterie als dem verbotenen Nachahmen und Vervielfältigen von Waren, für die der rechtmäßige Hersteller Erfindungs-, Design- oder Verfahrensrechte besitzt.¹¹⁴¹ Gleichwohl gilt, dass oftmals beide Formen zusammentreffen, so dass keine klare Trennung gezogen werden kann. Insofern wird die Terminologie in dem Bericht selbst auch nicht strikt eingehalten.

Neben einer Übernahme der unten unter Abschnitt VI. separat darzustellenden Daten der für die Grenzbeschlagnahme zuständigen Bundeszollverwaltung werden auch die Erkenntnisse der Polizei dargestellt. Danach ist der Deliktsbereich der Nachahmungen geprägt von komplexen Ermittlungsverfahren mit zahlreichen Einzelfällen, jedoch bei massenstatistisch geringen Absolutzahlen. Im Berichtsjahr wurden 2.202 Tatverdächtige ermittelt, dies bedeutet einen Anstieg von nahezu 50% gegenüber dem Vorjahr.¹¹⁴² Der Trend geht dabei weg vom klassischen Vertriebsweg über Straßenhandel oder Flohmärkte hin zum Internet, insbesondere zu Auktionshäusern wie „ebay“.

Interessant ist die Anmerkung, dass gefälschte Produkte nur in den seltensten Fällen langfristig auf dem Markt vertreten sind. Vielmehr tauchen sie häufig nur für einen kurzen Zeitraum in größeren Stückzahlen auf, bis sie – wohl aufgrund des erhöhten Verfolgungsdrucks – wieder vom Markt verschwinden.¹¹⁴³ Anhaltspunkte für eine Veränderung der Erscheinungsformen der Verletzungsfälle seien nicht gegeben. Die Schwerpunkte liegen weiterhin in den klassischen Bereichen von Textilien, Schmuck und Datenträgern im Allgemeinen. Oft und gerade seien auch die Produkte kleinerer und mittlerer Gewerbetreibender betroffen, die ihre Schutzrechte meist nicht so intensiv verteidigen wie die großen Markenartikelher.¹¹⁴⁴

¹¹³⁹ Jahresbericht Wirtschaftskriminalität 2002 des BKA, 2.1 (S. 10).

¹¹⁴⁰ Jahresbericht Wirtschaftskriminalität 2002, 2.1 (S. 10/11).

¹¹⁴¹ Jahresbericht Wirtschaftskriminalität 2002, 5.2 (S. 53).

¹¹⁴² Jahresbericht Wirtschaftskriminalität 2002, 5.2.2 (S. 56).

¹¹⁴³ Jahresbericht Wirtschaftskriminalität 2002, 5.2.2. (S. 57).

¹¹⁴⁴ Vgl. nur Jahresbericht Wirtschaftskriminalität 2001, 6.3.1 c) (S. 148).

Besonders erwähnt wird die Produktpiraterie im Zusammenhang mit Arzneimitteln. Der internationale Verband der Arzneimittelhersteller geht davon aus, dass ca. 7% der Arzneimittel auf dem Weltmarkt gefälscht sind. Dies entspricht einem Volumen von mehr als US\$ 20 Mrd. Komplettfälschungen der Inhaltsstoffe seien dabei selten, vor allem werden Originalpräparate in gefälschten Primär- oder Sekundärverpackungen auf den deutschen Markt gebracht. Auch solche – oftmals aus Osteuropa illegal reimportierten – Originalprodukte könnten Patienten gefährden, wenn Sie nicht von Fachpersonal, unter GMP oder unter behördlicher Überwachung verpackt und gelagert werden. Die illegal umgepackten Arzneimittel sind nach der Definition der WHO Fälschungen, jedoch fehle es bislang an einer Definition der Arzneimittelfälschung und folglich an einer besonderen Strafvorschrift im Arzneimittelgesetz. Möglich bleibe ein Rückgriff auf die markenrechtlichen Vorschriften.¹¹⁴⁵

Ursachen für die Produktpiraterie sieht der Bericht vor allem im freien Warenverkehr, der Öffnung der Grenzen nach Osteuropa, im steigenden Markenbewusstsein der Käufer, in Kaufanreizen durch die niedrigen Preise der Fälschungen sowie dem mangelnden Unrechtsbewusstsein der Täter. Auch der Verfolgungsdruck der Polizei erscheint insgesamt noch nicht hinreichend ausgeprägt. In Verbindung mit der vereinfachten technischen Herstellbarkeit von Kopien sei der Schritt zum rechtswidrigen Handel nicht mehr allzu groß.¹¹⁴⁶

In Bezug auf die Strafverfolgung von Markenverletzungen wird mitgeteilt, dass Ermittlungsverfahren meist durch Strafanzeigen von Privatpersonen angestoßen werden. Eigene operative Maßnahmen der Behörden wie die Überprüfung von Geschäften, Verkaufsveranstaltungen oder Flohmärkten seien nur vereinzelt zu beobachten. Im Bereich des Markengesetzes erfolge häufig eine Zusammenarbeit mit den Schutzrechtsinhabern, dem Aktionskreis für Produkt- und Markenpiraterie (APM) sowie dem Zoll. In diesen Verfahren habe sich die Einziehung der Produkte und Tatmittel bewährt. Jedoch kommt die Ware fast immer aus dem Ausland, so dass sich die Rekonstruktion und Offenlegung der Vertriebswege schwierig gestaltet. Die eigentlichen Drahtzieher der Piraterie bleiben bei Anwendung der zu Verfügung stehenden Maßnahmen unbehelligt.¹¹⁴⁷

Zur Prävention wird zunächst die effektive Nutzung von Sicherungsmöglichkeiten vorgeschlagen und darüber hinaus die Forderung erhoben, fälschungssichere Kennzeichnungen für Markenartikel zu entwickeln. Des Weiteren soll die Nachfrage nach gefälschten Produkten durch Aufklärungsarbeit – bspw. durch die Selbstschutzorganisationen der Industrie – verringert werden. Schließlich ist beabsichtigt, gemeinsame Fortbildungsveranstaltungen der Staatsanwaltschaften

¹¹⁴⁵ Jahresbericht Wirtschaftskriminalität 2002 des BKA, 5.2.3. (S. 61 bis 63).

¹¹⁴⁶ Jahresbericht Wirtschaftskriminalität 2002, 5.2.6 (S. 66).

¹¹⁴⁷ Jahresbericht Wirtschaftskriminalität 2002, 5.2.4. (S. 63).

mit den Polizeidienststellen durchzuführen. Nur durch die Zusammenarbeit aller Beteiligten können geeignete Bekämpfungsmethoden ermittelt werden.

III. Erster Periodischer Sicherheitsbericht 2001

Ergänzend zu den Ausführungen des Jahresberichts Wirtschaftskriminalität des BKA finden sich in dem von den Bundesministerien des Innern und der Justiz im Jahre 2001 herausgegebenen Ersten Periodischen Sicherheitsbericht Ausführungen zur Erledigungs- und Sanktionspraxis in Fällen der Wirtschaftskriminalität.¹¹⁴⁸ Wenngleich in diesem Bericht der Bereich der Nachahmungskriminalität nicht explizit angesprochen wird, eignen sich die dort angegebenen Erkenntnisse zur Klärung der Frage, ob Markenverletzungen grundsätzlich anders behandelt werden als andere Wirtschaftsstrafsachen.

Hinsichtlich der Erledigungsstrukturen der Wirtschaftskriminalität lässt sich dem Bericht entnehmen, dass derzeit ca. 42% der Verfahren nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt werden. 29% werden ohne (23%) oder mit Auflagen (6%) nach §§ 153 ff. StPO erledigt, der Rest resultiert in einer Anklagerate von 29%.¹¹⁴⁹ Insgesamt liegt die Interventionsrate – d.h. der Anteil der Verfahren, die die Staatsanwaltschaft unter Auflagen einstellt, einen Strafbefehl beantragt, oder Anklage erhebt – in allgemeinen Verfahren bei 42% und in Wirtschaftsstrafsachen bei 35%.¹¹⁵⁰

Ein Grund für die im Vergleich zum allgemeinen Strafrecht niedrigeren Anklageraten kann in den Tatbestandsfassungen von Wirtschaftsstraftaten gesehen werden. Der Bericht beruft sich dazu auf eine von Berckhauer im Jahre 1977 vorgenommene Aktenanalyse zu Wirtschaftsstrafdelikten. Danach soll

„ein deutlicher Zusammenhang zwischen dem Tatbestandsmuster und der Anklagehäufigkeit bestehen.“¹¹⁵¹

Letztere sei am geringsten beim Vorkommen von konkretisierungsbedürftigen Tatbestandsmerkmalen, insbesondere dann, wenn zur Erfüllung des Tatbestands der Täter in einer bestimmten Absicht handeln muss. Sofern nur Vorsatz gefordert ist, erhöhe sich die Anklagerate. Auch in den Fällen, in denen der Tatbestand kein konkretisierungsbedürftiges Tatbestandsmerkmal enthält, steige sie auf über 50%. Des Weiteren führt der Bericht in Bezug auf die Sanktionspraxis aus, dass im Falle einer Verurteilung der Geldstrafenanteil bei den wirtschaftsstrafrechtlichen

¹¹⁴⁸ Erster Periodischer Sicherheitsbericht (PSB), der Bundesministerien des Inneren und der Justiz, verabschiedet am 11. Juli 2001, im Internet abrufbar unter www.bmi.bund.de oder www.bmj.bund.de.

¹¹⁴⁹ Zahlen für das Jahr 1997, PSB 2001, 2.4.6.2, Schaubild 2.4-1 (S. 153 und 154).

¹¹⁵⁰ PSB, S. 154.

¹¹⁵¹ Berckhauer, Die Strafverfolgung bei schweren Wirtschaftsdelikten, 4.2.8.1. (S. 132), zu § 4 UWG.

Nebengesetzen üblicherweise ca. 80 bis 90% beträgt.¹¹⁵² Soweit Freiheitsstrafen verhängt wurden, wurden sie zu 77% zur Bewährung ausgesetzt. Hierzu ist anzumerken, dass ganz offensichtlich im Markenstrafrecht der Geldstrafenanteil – der nach den oben unter I. dargestellten Angaben der Strafverfolgungsstatistik bei 92,6% (im Jahr 2001) bzw. 99,3% (in 2002) liegt – noch höher liegt. Auch die Quote der Aussetzungen der verhängten Freiheitsstrafen zur Bewährung ist höher, sie beträgt bei markenrechtlichen Verurteilungen 84,6% (in 2001) sowie 100% (in 2002).

Von den sonstigen Maßnahmen wurde berichtet, dass nur der Verfall und die Einziehung praktische Bedeutung erlangt haben. Letztere kommt vor allem im gewerblichen Rechtsschutz in Betracht.¹¹⁵³ Demgegenüber soll von der Maßregel des Berufsverbots im Jahre 1998 bundesweit und in allen Strafverfahren nur in weniger als 200 Fällen Gebrauch gemacht worden sein.

IV. Produktpiraterieberichte der Bundesregierung

Mit der Verabschiedung des Produktpirateriegesetzes im Jahre 1990 wollte der Gesetzgeber ein höheres Schutzniveau gegen Verletzungen der gewerblichen Schutzrechte verwirklichen.¹¹⁵⁴ Damit einhergehend wurde die Bundesregierung vom Bundestag bei der Verabschiedung des Gesetzes beauftragt, nach zwei Jahren über die Auswirkungen der neuen Vorschriften zu berichten. Dazu hat die Bundesregierung in der Folge Erhebungen bei den Justizverwaltungen der Länder durchgeführt. Daneben wurden auch Stellungnahmen von Wirtschaftsverbänden wie dem Markenverband, dem DIHT, der GEMA, der Patentanwaltskammer, des Zollkriminalamts und der für Grenzbeschlagnahme zuständigen Oberfinanzdirektion München in die Befragung einbezogen.¹¹⁵⁵

Die Ergebnisse dieser Umfrage sind in bislang zwei Berichten, nämlich dem ersten¹¹⁵⁶ und dem zweiten¹¹⁵⁷ Produktpirateriebericht der Bundesregierung aus den Jahren 1993 und 1999 zusammengefasst. Mittels eines Katalogs, welcher allein für die strafrechtlichen Regelungen 13¹¹⁵⁸ bzw. 27¹¹⁵⁹ Fragen erfasst, sollte die

¹¹⁵² PSB, S. 155.

¹¹⁵³ PSB, S. 156.

¹¹⁵⁴ Vgl. dazu 2. Kapitel E. II.

¹¹⁵⁵ Eine Auflistung der Verbände und Organisationen findet sich im Anhang des 1. Produktpiraterieberichts vom 25. Februar 1993, BT-Ds 12/4427.

¹¹⁵⁶ 1. Produktpirateriebericht vom 25. Februar 1993, BT-Ds 12/4427.

¹¹⁵⁷ 2. Produktpirateriebericht vom 10. November 1999, BT-Ds 14/2111.

¹¹⁵⁸ 1. Produktpirateriebericht vom 25. Februar 1993, S. 20.

¹¹⁵⁹ 2. Produktpirateriebericht vom 10. November 1999, S. 16.

Effizienz der verschärften Strafvorschriften des gewerblichen und geistigen Eigentums überprüft werden.

1. *Erster Produktpirateriebericht 1993*

Zwar konnten in der relativ kurzen Zeit nach Inkrafttreten der Neuregelungen im Jahre 1990 noch keine genauen Analysen der Auswirkungen des überarbeiteten strafrechtlichen Instrumentariums erwartet werden. Jedoch spricht der Bericht bereits zu diesem frühen Zeitpunkt von positiven Auswirkungen der Neuregelungen für die Wahrnehmung und Durchsetzung von gewerblichen Schutzrechten in den einzelnen Branchen. Dem Produktpirateriegesetz wird dabei vor allem eine gewisse generalpräventive Wirkung zugeschrieben.¹¹⁶⁰ Auch wurde angemerkt, dass die Verschärfung der Bestimmungen zumindest die Aufmerksamkeit für die Bedeutung dieser Kriminalitätsformen bei den Ermittlungsbehörden erhöht hat. Manchmal wurde allerdings noch die Unerfahrenheit der Staatsanwaltschaften im Zusammenhang mit den neuen Vorschriften gerügt. Zu den Ergebnissen im Einzelnen:¹¹⁶¹

a) Ermittlungsverfahren

Im Erhebungszeitraum zwischen dem 1. Juli 1990 und dem 25. Juni 1993 wurden wegen Verletzung von gewerblichen Schutzrechten ca. 4000 bis 5000 strafrechtliche Ermittlungsverfahren durchgeführt. Davon entfiel der weitaus überwiegende Anteil – mehr als 90% – auf Urheberrechtsverstöße. Der Anteil der rein zeichenrechtlichen Ermittlungsverfahren nach § 25d WZG betrug nur etwa 300 bis 400 Fälle, wobei allein ca. 300 Fälle auf Strafanträge des Zollfahndungsdienstes zurückgingen.

Die Verfahren wurden meistens durch eine Strafanzeige bzw. einen Strafantrag des Verletzten ausgelöst. Dies liegt darin begründet, dass die Polizei oder die Staatsanwaltschaft sehr oft die Schutzrechtsinhaber von entsprechenden Plagiatsfunden informiert. In diesem Zusammenhang nehmen die Verletzten dann zur Echtheit beschlagnahmter Waren Stellung. Auf Anregung der Behörden erfolgt dann fast immer die Stellung eines Strafantrags. Ansonsten wurde regelmäßig das besondere öffentliche Interesse bejaht. Zu einer Verweisung auf den Privatklageweg wegen Verneinung des öffentlichen Interesses kam es dagegen nur selten.

¹¹⁶⁰ 1. Produktpirateriebericht, aaO, A. IV. (S. 2).

¹¹⁶¹ 1. Produktpirateriebericht, aaO, B. IV. 1. bis 5. (S. 13 – 16).

b) Verfahrenseinstellung

Angesichts der Tatsache, dass laut dem Bericht nur 4 bis 5% der Ermittlungsverfahren zur Erhebung der öffentlichen Klage führten, wurde der ganz überwiegende Teil der Verfahren im Wege der Einstellung erledigt. Dabei erfolgte die Einstellung meist wegen geringer Schuld oder wegen Geringfügigkeit des Schadens nach den §§ 153, 153a StPO. Ersttättern wurde die Zahlung von Bußgeldern auferlegt. Auch sofern sich die Täter mit der formlosen Abwicklung des Einziehungsverfahrens, §§ 74, 74a StGB, einverstanden erklärten, wurden deren Verfahren meist nach § 153a StPO eingestellt. In diesen Fällen wurden die verletzenden Marken (damals noch Warenzeichen) von den Waren entfernt und ganz überwiegend gemeinnützigen Einrichtungen zur Verfügung gestellt.

Ein weiterer Grund für die Verfahrenseinstellung war das Fehlen eines hinreichenden Tatverdachts nach § 170 Abs. 2 StPO. Manchmal konnte auch der Täter nicht ermittelt werden. Sofern dessen Aufenthalt unbekannt war oder er im Ausland nicht greifbar war, erfolgte eine vorläufige Einstellung nach §§ 154, 205 StPO.

c) Gerichtsverfahren

Von den ca. 4 bis 5% der markenrechtlichen Fälle – somit wohl nur ca. 20 Verfahren –, die zur Klageerhebung führten, wurde diese nahezu immer beim Amtsgericht erhoben. Bei der Verletzung von § 25d WZG handelte es sich vor allem um Imitationen von Textilien, Uhren, Sonnenbrillen, Parfümerie- und Lederwaren sowie Schmuck. Über die Anzahl der durch Urteil oder Strafbefehl abgeschlossenen Strafverfahren konnten noch keine Einzelheiten berichtet werden. Demgegenüber waren schon Aussagen zur Höhe der verhängten Strafen möglich, erste Einschätzungen berichten von Geldstrafen zwischen 20 bis 90, in Einzelfällen bis zu 180 Tagessätzen. Bei Wiederholungstätern wurden auch Freiheitsstrafen zwischen vier und zehn Monaten – ausgesetzt zur Bewährung – verhängt. Mehrere Verfahren wurden in der Hauptverhandlung nach § 153 Abs. 2 StPO durch Zahlung eines Geldbetrags sowie nach den §§ 153a Abs. 2, 154 Abs. 2 StPO eingestellt.

Eine Verschärfung der Strafen aufgrund der Anhebung der Strafraumen konnte nicht beobachtet werden. Allerdings wurde die Zeitspanne nach Inkrafttreten des Gesetzes als zu kurz angesehen, um schon aussagekräftige Beurteilungen abzugeben.

d) Qualifikation, Versuch

Der Produktpirateriebericht spricht von einer beachtlichen Zahl von Verurteilungen wegen gewerbsmäßiger Handlungsweise, die sich jedoch meist auf Straftaten nach den §§ 106, 108a UrhG beziehen. In diesen Fällen wurden regelmäßig Geldstrafen bis zu 180 Tagessätzen sowie Freiheitsstrafen mit Bewährung verhängt. Die höchste der Bundesregierung bis 1993 bekannte Freiheitsstrafe betrug 22 Monate. In diesen qualifizierten Fällen wurde von einigen Gerichten grundsätzlich die Einziehung der schutzrechtsverletzenden Waren angeordnet. Verurteilungen wegen Versuchs einer Schutzrechtsverletzung konnten dagegen nicht ermittelt werden.

e) Sonstiges

Neben den als sehr hilfreich empfundenen erweiterten Möglichkeiten der Einziehung machte man von den sonstigen Möglichkeiten der Schutzrechtsinhaber weniger Gebrauch. So erfolgte die öffentliche Bekanntmachung nur in ca. 10 Fällen, somit dürfte eine Bekanntmachung in Markenstrafsachen (Anteil weniger als 10% an allen Verfahren) überhaupt nicht oder allenfalls ein- bis zweimal erfolgt sein. In mehreren Fällen – also wohl ebenfalls im Markenrecht sehr selten – wurde von den Verletzten Nebenklage nach § 395 Abs. 2 Nr. 3 StPO erhoben.

Als positive Folge der Anhebung der Strafraumen wurde noch berichtet, dass Haftbefehle früher beantragt werden können und die auf fünf Jahre verlängerte Verjährungsfrist, § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB eine Verfolgung auch noch zu einem späteren Zeitpunkt zulasse.

2. *Zweiter Produktpirateriebericht 1999*

Der erste Produktpirateriebericht wurde erst in der 13. Wahlperiode im Ausschuss für Wirtschaft sowie im Rechtsausschuss – also zweieinhalb Jahre nach seiner Vorlegung – besprochen. Angesichts des Alters des Berichts und des kurzen Erfahrungszeitraums mit den neuen Regelungen beschloss der Rechtsausschuss die Erstellung eines weiteren Berichts. Insofern legte die Bundesregierung im November 1999 den zweiten Produktpirateriebericht vor. Dessen Methodik ist identisch zu der des ersten Berichts, lediglich der Fragenkatalog wurde detaillierter. Für den Bereich des Strafrechts bedeutet dies, dass den teilnehmenden Verbänden, Organisationen sowie den Justizverwaltungen nunmehr 27 – statt vormals 13 – Fragen gestellt wurden.¹¹⁶²

Insgesamt kam der Bericht zu dem Ergebnis, dass das strafrechtliche Instrumentarium nach wie vor als ausreichend beurteilt wird. Nachdem im ersten Bericht

¹¹⁶² 2. Produktpirateriebericht vom 10. November 1999, BT-Ds 14/2111, S. 16.

noch ein fehlendes Problembewusstsein bei den Ermittlungsbehörden bemängelt wurde, wollte man nunmehr eine gewisse Sensibilisierung für die Problematik der Produktpiraterie festgestellt haben. Trotzdem waren viele der Befragten der Ansicht, dass seitens der Verfolgungsbehörden noch intensiver vorgegangen werden könnte. Von den Staatsanwaltschaften und den Ermittlungsbehörden wurde dagegen der Wunsch nach besserer Information, bspw. durch Fachseminare oder Literatur geäußert.¹¹⁶³ Zu den Auswirkungen der neuen Maßnahmen im Einzelnen:¹¹⁶⁴

a) Ermittlungsverfahren

Für den Zeitraum des 2. Berichts konnte die Bundesregierung mangels statistischen Materials der Landesjustizbehörden für den Bereich der Straftaten im gewerblichen Rechtsschutz keine verlässlichen Aussagen über die Anzahl der eingeleiteten Ermittlungsverfahren machen. Im Wege der Schätzung wurde von etwa 10.000 bis 12.000 Verfahren zwischen 1993 und 1999 ausgegangen.

Die Aufnahme der Ermittlungen erfolgte fast immer aufgrund der Bejahung des besonderen öffentlichen Interesses, nur selten wurde auf den Privatklageweg verwiesen. Aufgrund der Zusammenarbeit der Behörden mit den Verletzten wurde meistens die Stellung eines Strafantrags empfohlen. Einige Staatsanwaltschaften berichteten, dass fast 90% ihrer Ermittlungsverfahren auf Veranlassung der Zollfahndungsdienste zurückzuführen waren. Demgegenüber wurden nur ca. 1400 Verfahren – also knapp über 10% aller Fälle – auf Veranlassung der betroffenen Unternehmen initiiert.

Die Verfahren hatten ganz überwiegend urheberrechtliche Verstöße zum Gegenstand, erst an zweiter Stelle standen markenrechtliche Verfahren. Der Bericht lässt sich über deren Größenordnung nicht näher aus, sondern spricht von einer „nicht unerheblichen“ Anzahl markenrechtlicher Ermittlungen. Diese betrafen dabei vor allem Nachahmungen von Textilien bekannter Markenhersteller, Fanartikel sowie Schmuck- und Uhrenimitate. Verfahren wegen der Verletzung sonstiger Schutzrechte kamen lediglich untergeordnete Bedeutung zu.

Die Ermittlungen waren größtenteils nach ca. sechs Monaten abgeschlossen. Teilweise gab es auch sehr kurze Bearbeitungszeiten von wenigen Wochen bis zu zwei Monaten. Sofern jedoch in Patentverletzungsfällen Sachverständigengutachten eingeholt werden mussten, verlängerte dies die Verfahrensdauer auf bis zu zwei Jahre.

¹¹⁶³ 2. Produktpirateriebericht, aaO, S. 12.

¹¹⁶⁴ 2. Produktpirateriebericht, aao, S. 9 – 12.

b) Verfahrenseinstellung

Nach wie vor wurde der überwiegende Anteil der Verfahren durch Einstellung abgeschlossen, die Bundesregierung geht von einer Quote von ca. 75 bis 95% aus. Nur vereinzelte Gerichtsbezirke meldeten Einstellungsquoten von lediglich 10 bis 35%, was entweder auf eine besondere Spezialisierung schließen lässt oder darauf zurückzuführen ist, dass nur bei „Erfolg versprechenden“ Fällen die Ermittlungen aufgenommen wurden.

Verfahrenseinstellungen erfolgten wegen Geringfügigkeit oder bei Erfüllung von Auflagen und Weisungen, §§ 153, 153a StPO. In diesen Fällen musste sich der Täter mit der Einziehung einverstanden erklären. Analog zum ersten Bericht erfolgte oftmals die Einstellung wegen fehlenden Vorsatzes, § 170 Abs. 2 StPO. Die Schwierigkeit bestand in diesen Fällen meist darin, dem Täter nachzuweisen, dass er Kenntnis der Fälschung hatte.

c) Gerichtsverfahren

Sofern es zur Klage kam, wurde diese wiederum ganz überwiegend beim Amtsgericht erhoben. Vereinzelt wurde nunmehr auch das Landgericht angerufen. In wie vielen Fällen die Strafverfahren durch Urteil oder Strafbefehl abgeschlossen wurden, konnte die Bundesregierung nicht ermitteln. Keine Zahlen liegen auch zu der Frage vor, welcher Verfahrensanteil zur Klageerhebung bzw. zu einem Strafbefehl führte. Aufgrund der Einstellungsquote von 75 bis 95% lässt sich dieser Anteil jedoch mit ca. 5 bis 25% beziffern.

Sofern eine Verurteilung erfolgte, wurde vorwiegend auf Geldstrafe zwischen 20 und 90 Tagessätzen erkannt. In Einzelfällen betrug die Strafe auch zwischen 180 und 200 Tagessätzen. Sofern einige Gerichte Freiheitsstrafen verhängten, bewegten sich diese in einem Rahmen von zehn Monaten bis zu einem Jahr auf Bewährung, bei einschlägiger Vorbestrafung auch ein Jahr ohne Bewährung. In einem der Bundesregierung bekannt gewordenen Einzelfall wurde ein Täter zu Freiheitsstrafe von vier Jahren, zwei Mittäter zu je einem Jahr und sechs Monaten auf Bewährung verurteilt. Sogar ein Fall von Untersuchungshaft wurde gemeldet.

d) Qualifikation, Versuch

Vor allem Wiederholungstäter wurden wegen gewerbsmäßiger Handlungsweise verurteilt. Analog zum ersten Bericht betraf dies meist Vergehen gegen die §§ 106, 108a UrhG. Bei einem zweiten Typus von Tätern ließ sich die gewerbsmäßige Handlungsweise aus der Art und dem Umfang der sichergestellten Waren – die auf eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle schließen ließen – nachweisen.

Während im ersten Bericht keine einzige Verurteilung wegen Versuchs bekannt wurde, konnten im zweiten Berichtszeitraum immerhin zwei Verurteilungen gemeldet werden.

e) Sonstiges

Nach wie vor wurde die Möglichkeit der Einziehung schutzrechtsverletzender Ware sowie von Produktionsmitteln als sehr nützlich empfunden. Die neuen Möglichkeiten hätten sich mittlerweile etabliert und würden angewendet. Die eingezogene Ware stand dabei fast immer im Eigentum der Täter. Sie wurde vernichtet oder an karitative Einrichtungen weitergeleitet, nachdem die schutzrechtsverletzenden Merkmale entfernt wurden.

Eine öffentliche Bekanntmachung erfolgte wiederum manchmal bei Verletzung urheberrechtlicher Bestimmungen. So wurde beispielsweise in elf Fällen die Verurteilung im Kleinanzeigenteil einschlägiger Videozeitschriften kundgetan. Über die Reaktion der Verkehrskreise ist nichts bekannt. Abschließend bleibt zu erwähnen, dass der Nebenklage weiterhin geringe Bedeutung beigemessen wurde.

3. *Bewertung und Vergleich der Berichte*

a) Allgemeines

Hauptaufgabe der Erhebung der Bundesregierung war es herauszufinden, ob das Ziel des Produktpirateriegesetzes, nämlich die Verbesserung der Verfolgungs- und Ahndungsmöglichkeiten bei Schutzrechtsverletzungen, erreicht wurde. Dabei kommt den Ergebnissen des zweiten Berichts sicherlich aufgrund der allmählichen Etablierung der neuen Regelungen und des doppelt so langen Erhebungszeitraums ein größeres Gewicht zu. Jedoch ist zu kritisieren, dass erstaunlicherweise der erste Bericht genaueres Zahlenmaterial liefert als der zweite Report, der meist nur von dem Vorliegen „einer nicht unerheblichen Zahl“ von Markenverfahren oder der „teilweisen“ öffentlichen Bekanntmachung von Urteilen spricht. Eine genauere Auswertung wäre hier sicher möglich gewesen.

Ungeachtet dessen kamen beide Berichte zu dem Ergebnis, dass die neuen Instrumente insgesamt als gut beurteilt werden, sofern man sie konsequent anwendet. Die strafrechtlichen Möglichkeiten werden von den Befragten als ausreichend eingeschätzt, so dass eine weitere Verschärfung des Strafmaßes nach Ansicht der Bundesregierung nicht notwendig erscheint. Nach wie vor liege aber die Einstellungsquote viel zu hoch, betrug nämlich bei vielen Staatsanwaltschaften

über 90%.¹¹⁶⁵ Den Tätern könne bspw. bei Markenverletzungen sehr oft nicht nachgewiesen werden, dass sie von der „Falschheit der Waren“ wussten. Auch lasse die Erhöhung der Strafraumen keine Schärfung des Unrechtsbewusstseins der Täter erkennen.¹¹⁶⁶ Das mögliche Strafmaß sei schon in der Vergangenheit nicht voll ausgeschöpft worden.

Als positiver Aspekt wurde – neben dem größeren Spielraum der Staatsanwaltschaften und der Gerichte bei der Beurteilung des Strafmaßes – eine steigende Anerkennung der gewerblichen Schutzrechte bei den Ermittlungsbehörden beobachtet. Die entsprechenden Vorschriften würden nicht mehr als „Bagatelldelikte“ behandelt. Dies führe zu einer intensiveren und insgesamt erfolgreicherem Ermittlungstätigkeit. Hingegen habe sich die Vermutung, dass mit den neuen Vorschriften Missbrauch getrieben werde, nicht bewahrheitet. Auch die Befürchtungen, dass der Verzicht auf einen Sondertatbestand der Produktpiraterie für die professionellen Verletzer von Marken dazu führe, dass auch seriöse Unternehmer von der erhöhten Strafdrohung betroffen werden können, konnten von der Bundesregierung nicht bestätigt werden.¹¹⁶⁷

Einige wesentliche Ergebnisse der Berichte sind zur schnellen Orientierung in Tabelle 2 zusammengefasst:

	1. Bericht	2. Bericht
Berichtszeitraum	3 Jahre (1990 bis 1993)	6 Jahre (1993 bis 1999)
Anzahl der Ermittlungsverfahren im Bereich des geistigen Eigentums	4.000 bis 5.000	10.000 bis 12.000
Anzahl der markenrechtlichen Verfahren	300 bis 400	„Nichtunerhebliche Zahl“
Erhebung der öffentlichen Klage wegen Verstoß gegen das WZG oder das MarkenG	Ca. 15 bis 20 Fälle (4 bis 5% der Verfahren)	Ca. 5 bis 25% der Verfahren
Klage beim Amtsgericht (AG) oder auch beim Landgericht (LG)	Nur AG	AG, manchmal LG

¹¹⁶⁵ Demgegenüber wurden nur ca. die Hälfte aller sonstigen Strafverfahren eingestellt, vgl. PSB 2001, 3.2 (S. 346).

¹¹⁶⁶ 2. Produktpirateriebericht, aaO, IV. B. 5. c. (S. 12).

¹¹⁶⁷ 1. Produktpirateriebericht, aaO, B. IV. 8. (S. 17).

Höhe der Strafen (üblich / maximal)	<u>Geldstrafen:</u> 20 bis 90 / bis 180 TS (Qualifikation) <u>Freiheitsstrafe:</u> Von 4 bis 10 Monaten (mit Bewährung) / 22 Monate	<u>Geldstrafen:</u> 20 bis 90 / 180 bis 200 TS (Qualifikation) <u>Freiheitsstrafe:</u> Von 10 Monaten bis 1 Jahr (m.B.) / 1 Jahr – 4 Jahre (o.B).
Verurteilung wegen gewerbsmäßiger Handlungsweise	„Beachtliche Zahl“	„Eine Reihe“
Verurteilung wegen Versuch	Keine	2
Öffentliche Bekanntmachung der Urteile in Warenzeichen/Marken sachen	Ca. 10 Fälle	„Teilweise“

Tabelle 2: Vergleich der Produktpiraterieberichte

Auch beim konkreten Vergleich der Berichte weichen diese in ihren wesentlichen Ergebnissen nicht signifikant voneinander ab. Vielmehr erbrachten sie für den strafrechtlichen Bereich in etwa die gleichen Erkenntnisse. Eine auffällige Änderung der Verfolgung und Ahndung der Schutzrechtsverletzungen konnte nicht beobachtet werden. Nachfolgend sollen die zu den einzelnen Verfahrensabschnitten gewonnenen Ergebnisse kurz gegenübergestellt werden:

b) Ermittlungsverfahren

Hier lässt sich beim Vergleich der Berichte zunächst feststellen, dass sich im zugrunde liegenden Zeitraum von neun Jahren die Anzahl der eingeleiteten Ermittlungsverfahren nur geringfügig erhöht hat. Während nach Angabe des ersten Berichts im Mittel ungefähr 1500 Verfahren pro Jahr eingeleitet wurden, erhöhte sich diese Zahl auf ca. 1800 pro Jahr für den zweiten Bericht, was eine Zunahme der Verletzungen des geistigen Eigentums um 20% bedeuten würde. Leider lässt sich dem Report nicht entnehmen, ob diese langsame Steigerung kontinuierlich erfolgte, oder ob erst in den letzten Jahren ein starker Anstieg zu beobachten war. Auch ist diese Erkenntnis mit Vorsicht zu betrachten, da die Zahlen des zweiten Berichts nur auf einer Schätzung der Bundesregierung beruhen.

Die angegebenen Werte gelten jeweils für alle Arten von Schutzrechtsverletzungen. Der Anteil der Markenverfahren macht dabei in beiden Berichten jeweils ca. 10 bis 20 % der gesamten Verfahren aus. Ob eine Steigerung der Ermittlungstätigkeit wegen Markenverletzungen gegenüber den sonstigen Verfahren erfolgt ist, kann aus den Berichten nicht herausgelesen werden. Auch sonst lassen sich für diese Fälle keine besonderen Feststellungen treffen.

c) Gerichtsverfahren

Während im ersten Berichtszeitraum nahezu immer Anklage beim Amtsgericht erfolgte, sollen später aufgrund der höheren Straferwartung manchmal auch die Landgerichte angerufen worden sein. Daraus könnte man den Schluss ziehen, dass zumindest in den Jahren nach Inkrafttreten der Neuregelungen die nunmehr möglichen höheren Strafen auch von den Ermittlungsbehörden verinnerlicht wurden und die Strafrahmen besser ausgeschöpft werden. Aufgrund der ganz wenigen Fälle handelt es sich eher um „Ausreißer“, als um einen nachprüfbaren Trend. Denn die unten unter D. 3. durchgeführte eigene Untersuchung hat gezeigt, dass jedenfalls bei Kennzeichenverletzungen ganz überwiegend Strafbefehle beim Amtsgericht beantragt werden. Eine Anklage bei der Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts wird dagegen nie oder nur ganz vereinzelt erhoben.

Auch konnten beim Vergleich der Berichte keine ansteigenden Strafen festgestellt werden. Von Einzelfällen abgesehen wurden die Täter im gesamten Zeitraum mit Geldstrafen zwischen 20 und 90, teilweise bis zu 180 Tagessätzen bestraft. Lediglich in ganz wenigen Fällen mit hohem Unrechtsgehalt wurden Freiheitsstrafen, verbunden zumeist mit Bewährungsaufgabe, verhängt. Dies deckt sich mit den aktuellen Aussagen der Strafverfolgungsstatistik, vgl. oben unter C. I.

d) Qualifikation, Versuch

Verurteilungen wegen des Versuchs einer Schutzrechtsverletzung konnten nur in verschwindend geringer Zahl oder gar nicht ermittelt werden. Hinzu kommt, dass nach der durch das neue Markengesetz im Jahre 1994 vorgenommenen Einbeziehung der Vorbereitungshandlungen in die Strafnormen und die damit erzielte Verlagerung der Strafbarkeit kein eigenständiger Anwendungsbereich der kennzeichenrechtlichen Versuchstatbestände mehr verbleibt.

e) Ergebnis

Insgesamt kann den Produktpiraterieberichten entnommen werden, dass auch nach Verbesserung der strafrechtlichen Möglichkeiten die Strafverfolgung von Kennzeichenrechten nur einen Randbereich der Ahndung von Schutzrechtsverlet-

zungen ausmacht. Die Fallzahlen haben sich zumindest während des Abfragezeitraums nicht bedeutend erhöht und bewegen sich absolut gesehen auf einem niedrigen Niveau. Auch hat die Höhe der verhängten Strafen nicht zugenommen, vielmehr wird nach wie vor ein großer Anteil der Verfahren – teilweise zumindest gegen Auflagen – eingestellt. Sofern es zu einer Verurteilung der Täter kam, belief sich die vom Amtsgericht verhängte Strafe meist auf eine mittlere Geldstrafe zwischen 20 und 90 Tagessätzen. Von den Nebenstrafen wurde im Kennzeichenstrafrecht lediglich der Einziehung eine gesteigerte Bedeutung zugemessen. Positiv zu bewerten ist dagegen die größere Freiheit der Gerichte bei der Wahl des Strafmaßes sowie die allmählich um sich greifende Erkenntnis, dass Verletzungen von gewerblichen Schutzrechten keine Bagatelldelikte darstellen.

V. Sondierungen der EU-Kommission

Schon seit 1986 wurde von der Europäischen Union versucht, Schutzmauern an den Außengrenzen zur Verhinderung der Einfuhr nachgeahmter Waren zu errichten.¹¹⁶⁸ Aufgrund des meist grenzüberschreitenden Charakters von Nachahmungen, die damit auch den europäischen Binnenmarkt beeinträchtigen, sollte nunmehr eine nicht nur nationale, sondern gemeinschaftsweite Bekämpfung der Fälschungskriminalität erfolgen. Neben der im 6. Kapitel dargestellten Harmonisierung der materiellrechtlichen Vorschriften der nationalen Markengesetze bzw. der Schaffung eines einheitlichen Rechtssystems – was für ein gleiches Schutzniveau in der Gemeinschaft sorgen soll – versuchte man, auch spezielle Maßnahmen und Verfahren zur besseren Durchsetzung der Rechte zu schaffen.

1. „Grünbuch Produktpiraterie“ von 1998

Um die Diskussion mit allen Betroffenen in Gang zu setzen, hatte die Kommission im Oktober 1998 das sog. „Grünbuch zur Bekämpfung von Nachahmungen und Produkt und Dienstleistungspiraterie im Binnenmarkt“ angenommen.¹¹⁶⁹ Es basiert auf einer Befragung aller europäischen Institutionen, einzelstaatlicher Behörden sowie von Unternehmen der relevanten Wirtschaftsbereiche der Mitgliedsstaaten. Mit der Erhebung sollte herausgefunden werden, wie groß die wirtschaftlichen Nachteile sind, die durch die Produktpiraterie der Gemeinschaft zugefügt werden. Des Weiteren wollte man die einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften unter Herausarbeitung der Probleme und der in rechtlicher Hinsicht vorzunehmenden Verbesserungen überprüfen. Auf dieser Basis sollte dann die Not-

¹¹⁶⁸ So z.B. durch die Grenzbeschlagnahmeverordnungen Nr. 3842/86, Nr. 3295/94, und Nr. 1383/2003, zu den Rechtsnormen der EU vgl. 6. Kapitel B. V.

¹¹⁶⁹ EG-Dok. KOM 98/559 endg. vom 15. Oktober 1998 (nachfolgend Grünbuch).

wendigkeit und das Ausmaß einer gemeinschaftlichen Intervention eruiert werden.¹¹⁷⁰

Gegenstand der Untersuchung war eine weite Definition der Piraterie, um möglichst das volle Ausmaß des Phänomens einzubeziehen. Erfasst wurden alle Arten von „Nachahmungen/nachgeahmte Waren“, „Produkt-/Dienstleistungs piracy“ sowie „unerlaubt hergestellte Vervielfältigungsstücke und Nachbildungen“, die ein gewerbliches Schutzrecht verletzen.¹¹⁷¹ Nicht in die Befragung einbezogen wurden lediglich Handlungen, die dem unlauteren Wettbewerb zuzurechnen sind, aber kein Schutzrecht verletzen.¹¹⁷²

Bei der im Vorfeld der Befragung vorgenommenen rechtlichen Analyse gelangte die Kommission zu der Erkenntnis, dass neben der Verbesserung der materiell-rechtlichen Bestimmungen – die im Übrigen unbedingt fortgeführt werden müssten – auch wirksame Verfahren und Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums zu schaffen seien. Zwar enthalte schon das TRIPS-Abkommen eine Reihe von Mindestbestimmungen¹¹⁷³, die eine faktische Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten auch im Bereich der Maßnahmen der Rechtsdurchsetzung bewirkt haben. Trotzdem seien noch große Unterschiede in den Mitgliedsstaaten hinsichtlich der Kontrolle und der Handhabung von Schutzrechtsverletzungen festzustellen. Daher müsse man zukünftig insbesondere die Wirksamkeit und die Geeignetheit der den Rechtsinhabern zur Durchsetzung ihrer Rechte zur Verfügung stehenden unterschiedlichen Verfahren sowie etwaige Verbesserungsmöglichkeiten untersuchen.¹¹⁷⁴

Konkret für den Bereich der Strafverfahren und Sanktionen stellte die Kommission fest, dass die Art und der Umfang der strafrechtlichen Sanktionen in den einzelnen Ländern sehr unterschiedlich sind.¹¹⁷⁵ Zwar sei das Strafmaß für Schutzrechtsverletzungen in den letzten Jahren in vielen Ländern erhöht worden, die Wirksamkeit der Strafverfolgung lasse sich daraus jedoch nicht ableiten. Insbesondere müsse herausgefunden werden, ob alle Akteure der Kette der aufeinander folgenden Vorgänge der Piraterie erfasst würden. Schließlich gewährten verschiedene nationale Rechtsordnungen weitere Sanktionsmöglichkeiten wie z.B. die Schließung der Verkaufsstelle der rechtsverletzenden Waren oder die Veröffentli-

¹¹⁷⁰ Grünbuch, 1.5 (S. 8).

¹¹⁷¹ Grünbuch, 1.4. (S. 7).

¹¹⁷² Diese Ausklammerung der sog. „look alike“, wurde insbesondere von der GRUR e.V. kritisiert, vgl. GRUR 1999, 479 (480).

¹¹⁷³ So enthält Art. 61 TRIPS die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, bei „*vorsätzlicher Nachahmung von Markenwaren in gewerbsmäßigem Umfang*“ Strafverfahren vorzusehen, vgl. dazu 5. Kapitel C. II.

¹¹⁷⁴ Grünbuch, Fragen 10 und 11, S. 14.

¹¹⁷⁵ Grünbuch, 5.3. (S. 20).

chung von Urteilen. Möglicherweise könnten solche Maßnahmen auf die gesamte EU ausgeweitet werden.¹¹⁷⁶

Bezüglich der gerichtlichen Zuständigkeit in Strafverfahren erachtete die Kommission den Territorialitätsgrundsatz als für bestimmte Sanktionen unangemessen. Sofern es im einzelstaatlichen Recht die Möglichkeit gäbe, bestimmte in anderen Mitgliedsstaaten begangene Verletzungshandlungen zu ahnden, wenn dadurch ein in dem betreffenden Staat geschütztes Recht verletzt wird, so könnte dies ein probates Mittel bei der Bekämpfung von Nachahmungen und Piraterie sein.¹¹⁷⁷

2. *Ergebnisse der Befragung*

Um noch mehr Meinungen der betroffenen Kreise einzuholen, wurde die Befragung im März 1999 in München durch eine Anhörung von mehr als 250 Vertretern der Industrie, der nationalen Verwaltungen und anderen interessierten Kreisen ergänzt. Dort wurde nochmals die Notwendigkeit von effektiven und abschreckenden Maßnahmen im Bereich der Strafverfolgung angesprochen. Dies könne durch schnelle Ermittlungen und gerichtliche Verfahren, empfindliche Geldstrafen sowie durch die Zerstörung der rechtsverletzenden Waren erfolgen.¹¹⁷⁸

Auch der Wirtschafts- und Sozialausschuss des Europäischen Parlaments war in seiner Stellungnahme der Ansicht, dass strafrechtliche Maßnahmen ein wichtiges Mittel zur Bekämpfung der Nachahmungen und der Piraterie sind.¹¹⁷⁹ Insbesondere müssten auch solche Vertreiber von Waren verurteilt werden können, die bspw. wissentlich Markenerzeugnisse durch nachgeahmte Waren ersetzen. Im Wiederholungsfalle seien solche Geschäfte zu schließen.

Nach Auswertung der Befragungen konnte die Kommission bereits im Juni 1999 den Abschlussbericht über die insgesamt 145 Stellungnahmen auf die im Grünbuch gestellten Fragen vorstellen.¹¹⁸⁰ Das keineswegs überraschende Ergebnis

¹¹⁷⁶ Grünbuch, 5.3.; zur Schließung der Verkaufsstelle: Frage 26 (S. 22); zur Veröffentlichung des Urteils, Frage 29 (S. 25).

¹¹⁷⁷ Grünbuch, aaO, 5.3, (S. 27), Frage 33 (S. 28).

¹¹⁷⁸ Mitteilungen der Kommission vom 3. März 1999, Counterfeiting and piracy: „Munich hearing endorses need for EU action“. Nur in Englisch im Internet unter: www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/piracy/munich.htm (Letzter Seitenbesuch am 15. September 2004).

¹¹⁷⁹ Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Grünbuch vom 28. April 1999, ABl. EU, C 116, 35 – 39.

¹¹⁸⁰ Nur in Englisch: Report on responses to the European Commission Green Paper on Counterfeiting and Piracy (im Folgenden Report), vom 7. Juni 1999, im Internet unter

der Untersuchung war, dass Nachahmungen in allen Ländern und in fast allen Wirtschaftszweigen erhebliche Probleme bereiten. Gleichwohl wird in eine gemeinschaftsweite Aktion viel Vertrauen gesetzt, wobei jedoch nicht einzelne Maßnahmen zum Erfolg führen könnten, sondern nur eine massive Verfolgung auf allen Ebenen, was auch empfindliche Strafen nach sich ziehen müsse.¹¹⁸¹

Festgestellt wurde im Übrigen auch, dass Urheberrechts- und Markenverletzungen praktisch alle Verletzungsfälle ausmachen, die weiteren Schutzrechte spielten fast keine Rolle.¹¹⁸² Die Piraterie gehe fast immer mit anderen Straftaten einher, so z.B. der illegalen Beschäftigung oder mit Steuervergehen.

In rechtlicher Hinsicht wurde angemerkt, dass in einigen Staaten der bloße Besitz schutzrechtsverletzender Ware nicht strafbar ist und/oder ein Handeln im geschäftlichen Verkehr erfolgen muss. Trotzdem kamen die Befragten mehrheitlich zu dem Schluss, dass die Probleme ihre Ursache nicht in den – insgesamt zufrieden stellenden – Rechtsvorschriften, sondern in deren Anwendung haben. Dies sei vor allem an der bürokratischen Komplexität der Verfahren, der verzögerten und oft willkürlichen Bearbeitung durch die zur Verfolgung von Schutzrechtsverletzungen zuständigen Behörden begründet.¹¹⁸³ Auch existierten zu viele verschiedene Verfahren in den einzelnen Ländern, um z.B. die Beschlagnahme der Güter oder den Auskunftsanspruch zu verwirklichen. Hier wurde eine Vereinheitlichung der Verfahrensregelungen durch die EU verlangt, beispielsweise durch Schaffung eines einheitlichen Anspruchs auf Erlass einer einstweiligen Verfügung¹¹⁸⁴ oder durch die Möglichkeit der Vollstreckung einer einstweiligen Verfügung in einem anderen Mitgliedstaat.

Die Mehrzahl der Befragten war der Ansicht, dass die verhängten Geldstrafen und Kostenauflegungen viel zu gering sind. Zwar würden bei Markenverletzungen bereits höhere Strafen verhängt als im Bereich des Urheberrechts, jedoch seien die Gerichte und die Behörden auch hier wohl der Ansicht, es handele sich um ein „opferloses“ Vergehen, weswegen ihm eine mindere Bedeutung zugemessen wird. Daher verlangten die meisten Befragten „Trainingsmaßnahmen“ für Richter, Staatsanwälte und die Polizei, um nämlich das Problembewusstsein zu schärfen und eine bessere Information dieser Kreise zu gewährleisten. Ein Befragter war der Ansicht, dass der Trend zur Entkriminalisierung umgekehrt wer-

www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/piracy/piracy.pdf (Letzter Seitenbesuch am 15. September 2004).

¹¹⁸¹ Report, 1.2. (S. 3).

¹¹⁸² Report, 4.1.1 (S. 12).

¹¹⁸³ Report, 1.1. (S. 3).

¹¹⁸⁴ Report, 9.5.5 (S. 22).

den müsse, vielmehr sollten in allen Ländern Strafverfahren eingeführt werden.¹¹⁸⁵

Die tatsächlich innerhalb der Union verhängten Geldstrafen differierten nach Angaben der Befragten stark, sie lagen meist im Bereich zwischen EUR 2.000 und 219.000. Gefängnisstrafen lagen zwischen einem Minimum von drei Monaten und einem Maximum von sechs Monaten bis zu fünf Jahren für Markenverletzungen. Jedoch würden vor allem in den südeuropäischen Ländern wie Griechenland, Spanien, Italien und Frankreich nur selten Freiheitsstrafen verhängt. In Dänemark betrage die höchstmögliche Gefängnisstrafe für „counterfeiting“ nur ein Jahr, in den Niederlanden kämen Strafverfahren für Nachahmungen nicht vor, dafür funktioniere die Herausgabe der rechtsverletzenden Produkte sowie der erzielten Gewinne gut. Im Vereinigten Königreich sei zwar eine Gefängnisstrafe bis zu zehn Jahren möglich, die höchste verhängte Strafe habe jedoch nur 18 Monate betragen.¹¹⁸⁶ Auch in Schweden sei maximal eine Strafe von zwei Jahren möglich, üblicherweise würden jedoch allenfalls einige Monate verhängt.¹¹⁸⁷

Diese sehr große Differenz des Strafmaßes sah man als kritisch an. Daher wurde eine Harmonisierung der Strafen bei Schutzrechtsverletzungen – beispielsweise durch Einführung eines für alle Staaten verbindlichen Mindeststrafmaßes – oder zumindest verbindliche Richtlinien zur Festlegung der Strafhöhe vorgeschlagen.¹¹⁸⁸ In diesem Zusammenhang wurde auch die Gründung eines selbständigen Organs der EU angeregt, welches die Verhängung von Strafen koordiniere und dadurch eine vergleichbare Rechtsdurchsetzung gewährleiste.¹¹⁸⁹ Dadurch könne verhindert werden, dass sich die Verletzer das „liberalste“ Rechtssystem aussuchen, um ihre Verletzungshandlungen zu begehen.¹¹⁹⁰ Des Weiteren wurde auch angemerkt, dass die straf- und zivilrechtliche Ahndung von Nachahmungsfällen in Deutschland noch am besten funktionieren soll. Die diesbezüglichen Rechtsbehelfe im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes und im Hauptsacheverfahren sowie die Ansprüche auf Auskunft und Vernichtung sowie die Grenzbeschlagnahmedurchführung sollten als Vorbild für die Harmonisierung dienen.¹¹⁹¹ Diese Vorbildrolle wurde jedoch auch von französischen Teilnehmern für das dort geltende System, insbesondere für die Möglichkeit der „saisie contrefaçon“, beansprucht.

¹¹⁸⁵ Report, 9.5.5. (S. 22).

¹¹⁸⁶ Report, 9.2 (S. 20).

¹¹⁸⁷ Vgl. zu den markenstrafrechtlichen Vorschriften der einzelnen EU-Staaten: 6. Kapitel, D.

¹¹⁸⁸ Dazu kam es jedoch bislang nicht, vgl. 6. Kapitel, B. 4.

¹¹⁸⁹ Report, 9.2. (S. 19).

¹¹⁹⁰ Report, 9.17. (S. 26).

¹¹⁹¹ Report, 9.26.1. (S. 28).

Abschließend wurde von zahlreichen Teilnehmern angemerkt, dass die von der Kommission vorgeschlagene Schließung von Verkaufsstätten der Täter im Falle der Verletzung eines gemeinschaftsweit geltenden Rechts – z.B. der Gemeinschaftsmarke – eingeführt werden sollte.¹¹⁹² Weitere Nebenstrafen, etwa die Veröffentlichung von Urteilen, könnten ihre abschreckende Wirkung aber nur im Zusammenhang mit der Verhängung höherer Strafen erfüllen.¹¹⁹³ Bei Tätern, die überwiegend im kriminellen Milieu operierten, sei die Effektivität dieser Maßnahme ohnehin fraglich. Die italienischen Gerichte seien sogar geradezu „feindlich“ gegenüber solchen speziellen Anti-Pirateriemaßnahmen eingestellt, u.a. da sie z.B. den Verlust von Arbeitsplätzen befürchteten.¹¹⁹⁴

Auf Grundlage dieser Stellungnahmen hatte die Kommission am 30. November 2000 eine Mitteilung¹¹⁹⁵ angenommen, in der konkrete Maßnahmen zur gemeinschaftsweiten Bekämpfung von Nachahmungen und Piraterie vorgeschlagen wurden. Diese Vorschläge führten zu den in der am 29. April 2004 verabschiedeten Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums verankerten Maßnahmen, deren Inhalt im 6. Kapitel B. IV. näher erläutert wird.

VI. Grenzbeschlagnahmestatistiken des Zolls

Wie bereits mehrfach erwähnt wird die überwiegende Anzahl von gefälschten Produkten aus dem Ausland eingeführt. Eine besonders wichtige Rolle bei der Bekämpfung von Markenverletzungen kommt daher den jeweiligen Zollbehörden der Länder zu. Sie überwachen die grenzüberschreitenden Warenströme und sind damit die erste staatliche Stelle, die mit gefälschten Waren bei der Einfuhr in Berührung kommt. In Deutschland hat eine Vielzahl von Firmen bei der Zentralstelle für gewerblichen Rechtsschutz, einer Organisationseinheit der Oberfinanzdirektion Nürnberg, einen sog. „Antrag auf Grenzbeschlagnahme gestellt“. Das Grenzbeschlagnahmeverfahren erlaubt den Zollbehörden, offensichtlich rechtsverletzende Waren zu überprüfen. Rechtsgrundlage ist die am 1. Juli 2004 in Kraft getretene Verordnung (EG) Nr. 1383/2003 vom 22. Juli 2003, sowie subsi-

¹¹⁹² Report, 9.5.16. (S. 22); 9.10. (S. 25).

¹¹⁹³ Report, 9.6.13. (S. 24).

¹¹⁹⁴ In diesem Zusammenhang ist nochmals auf das von der Literatur besonders kritisierte Urteil des italienischen Corte di Cassazione vom 24. Februar 2000, zu verweisen, GRUR Int. 2000, 1044 ff. - „Straßenhändler“; vgl. 5. Kapitel D. VIII.

¹¹⁹⁵ Mitteilung der Kommission an den Rat, das europäische Parlament und den Wirtschafts- und Sozialausschuss über Folgemaßnahmen zum Grünbuch über die Bekämpfung von Nachahmungen und Produkt- und Dienstleistungspiraterie im Binnenmarkt (nachstehend Folgemaßnahmen), KOM (2000) 789.

diär § 146 MarkenG.¹¹⁹⁶ Einige Fakten aus den Jahresberichten der Zentralstelle für Gewerblichen Rechtsschutz des Zolls sollen nachfolgend kurz dargestellt werden.

Der deutsche Zoll hat im Jahre 2003 in 3.461 Fällen jeweils bis zu mehrere tausend gefälschte Produkte im Gesamtwert von fast EUR 178 Mio. beschlagnahmt. Dabei standen erstmals die Fälschung von Soft- und Hardware sowie Bild- und Tonträger im Wert von EUR 52 Mio. an der Spitze. Danach folgten Konsumgüter aller Art mit einem Wert von EUR 47 Mio. sowie Textilien und Schuhe im Wert von EUR 12 Mio. Insgesamt zeigt sich eine im Laufe der Jahre ansteigende Entwicklung der Grenzbeschlagnahme von Waren, die natürlich zum Teil auch auf die steigende Anzahl an Anträgen der Schutzrechtsinhaber zurückzuführen ist. Einzeldaten der Grenzbeschlagnahme zeigt folgende Grafik:

Jahr	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Fälle	973	1368	2013	2188	3178	2427	3427	3461
ca. Schaden in EUR Mio.	2,1	4,5	14	21	94 ¹¹⁹⁷	91	76	178
Anträge	92	127	145	168	184	197	221	262

Tabelle 3: Entwicklung der Grenzbeschlagnahme.¹¹⁹⁸

Als Herkunftsländer der Fälschungen werden für das Jahr 2003 Thailand, China, Tschechien, Polen, Türkei und China (Hongkong) angegeben.¹¹⁹⁹ Insofern stammen die gefälschten Waren häufig auch aus der EU. Dieses Problem wurde durch den Beitritt der zehn neuen Mitgliedsstaaten zum 1. Mai 2004 noch verstärkt. Bemerkenswert ist auch, dass etwa 30% der weltweiten Fälschungsproduktion aus dem Mittelmeerraum, d.h. aus Italien, Spanien, der Türkei und Marokko stammen sollen.¹²⁰⁰

In anderen Ländern der Europäischen Union zeichnet sich ein ähnliches Bild ab. So ist bspw. in Frankreich vor allem der Textilienmarkt, aber auch die Branche der Autoersatzteile und der Konsumgüter, betroffen. Im Zusammenhang mit der Fußballweltmeisterschaft 1998 wurden 517.200 Artikel, vor allem T-Shirts und Sandalen beschlagnahmt.¹²⁰¹ Insgesamt wurden in der Gemeinschaft im Jahre

¹¹⁹⁶ Zu den rechtlichen Grundlagen s. 6. Kapitel B. V.

¹¹⁹⁷ Ab 2000 wurde der betriebswirtschaftliche Schaden bereits in der Statistik berücksichtigt.

¹¹⁹⁸ Quelle: Jahresbericht 2003 der Zentralstelle für Gewerblichen Rechtsschutz, S. 29.

¹¹⁹⁹ Jahresbericht 2003 der Zentralstelle für Gewerblichen Rechtsschutz, S. 31.

¹²⁰⁰ Schmidl, Die Bekämpfung der Produktpiraterie, 1. Teil, B. II. 2. a) (S. 47).

¹²⁰¹ Angaben der Europäischen Zollunion, im Internet unter

www.europa.eu.int/comm/taxation_customs/customs/counterfeit_piracy/index_en.htm, Menüpunkt

2003 exakt 4.559 Beschlagnahmeverfahren durchgeführt. Dadurch wurden insgesamt über 50 Mio. Stück von rechtsverletzenden Waren sichergestellt.¹²⁰² Mehr als die Hälfte der Anträge (2.350 Anträge = 51,5%) bezieht sich nach wie vor auf Bekleidung, einen weiteren Großteil (943 Anträge = 20,7%) machen die unerlaubt kopierten Bild- und Tonträger sowie Software und Videospiele aus. Auch diese Zahlen zeigen somit die Zunahme von Produktfälschungen.

D. Rechtsanwendung durch die Ermittlungsbehörden

I. Allgemeines

Immer wieder wird von Seiten der Schutzrechtsinhaber bemängelt, dass die mit der Durchführung der markenstrafrechtlichen Regeln betrauten Organe – insbesondere die Staatsanwaltschaften und die Gerichte – mit der Verfolgung von Markenverletzungen überfordert sind. Insbesondere fehlten ihnen oftmals die erforderlichen zivilrechtlichen Kenntnisse in dieser Spezialmaterie des Nebenstrafrechts. Zumindest würden die Tatbestände oftmals als Bagatelldelikte eingestuft, die vorrangig zivilrechtlich zu behandeln seien. In diesem Zusammenhang wird meist der Schluss gezogen, dass das Problem der geringen Bedeutung des Kennzeichenstrafrechts nicht im materiellen Recht liegt, sondern in seiner mangelnden Durchsetzung.

Zwar berichten die oben unter C. 4. erläuterten Produktpiraterieberichte der Bundesregierung von einer insgesamt steigenden Bedeutung der gewerblichen Schutzrechte bei den Ermittlungsbehörden. Dies führe auch zu einer intensiveren und dadurch insgesamt erfolgreicherer Ermittlungstätigkeit. Gleichwohl lässt sich den Berichten entnehmen, dass nach wie vor der weit überwiegende Teil der Verfahren eingestellt wird. Schließlich verzeichnet auch die Strafverfolgungsstatistik nur vergleichsweise wenige Fälle von Verurteilungen. Da diese Ermittlungen der Bundesregierung jedoch schon einige Jahre zurückliegen, nicht ausschließlich die Strafbarkeit von Kennzeichenverletzungen thematisieren¹²⁰³ und

„Interesting cases“; hier finden sich die gemäß Art. 5 der DVO EG 1367/95 zur Grenzbeschlagnahmeverordnung (EG) Nr. 3295/94 von den einzelnen Zollbehörden weitergeleiteten Aufstellungen der Fälle (letzter Seitenbesuch am 15. September 2004).

¹²⁰² Angaben der Europäischen Zollunion, im Internet unter www.europa.eu.int/comm/taxation_customs/customs/counterfeit_piracy/index_en.htm, Menüpunkt „Statistics“, S. 3 (letzter Seitenbesuch am 15. September 2004).

¹²⁰³ Die fehlende gesonderte Erfassung der Verurteilungen auf dem Gebiet des geistigen Eigentums und das sich daraus ergebende sehr unvollständige Bild von Verfahren in diesem Bereich wurde bereits 1994 im Rahmen einer Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs Funke auf eine Anfrage des

zudem oft nur sehr allgemeine Aussagen zulassen, wurden Gespräche mit einigen Staatsanwaltschaften über die Ermittlungstätigkeit in Kennzeichenstrafsachen geführt. Auf Basis dieser Informationen soll die tatsächliche Behandlung der markenstrafrechtlichen Verfahren exemplarisch aufgezeigt werden (dazu II.).

Um über diese Momentaufnahme hinaus aussagekräftigeres Datenmaterial über die bundesweite Bedeutung der §§ 143 ff. MarkenG, den Gang entsprechender Ermittlungsverfahren und möglichen Problemen in der Praxis zu gewinnen, wurde des Weiteren eine eigene Umfrage bei allen für die Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen zuständigen Staatsanwaltschaften durchgeführt (dazu III.). Zwar lassen sich auch mit einer solchen Erhebung – die nur zum Teil auf statistisch belegbarem Datenmaterial und Überwiegend auf den Erfahrungswerten der Sachbearbeiter basiert – keine völlig repräsentativen Ergebnisse erzielen. Jedoch können daraus sicherlich gewisse Anhaltspunkte für die Relevanz der einzelnen Tatbestandsalternativen in der Praxis gewonnen werden. Diese Erkenntnisse gehen zudem über die Angaben der Strafverfahrensstatistik hinaus, die lediglich die Anzahl der Verfahren und die Art des Verfahrensabschlusses angibt und keine weitere Aufschlüsselung zulässt. Schließlich können die gewonnenen Daten bei der im abschließenden 7. Kapitel vorgenommenen Diskussion möglicher Verbesserungsvorschläge berücksichtigt werden, als nämlich deren Akzeptanz in der Praxis prognostiziert werden kann.

II. Praxis der Staatsanwaltschaften

Die praktische Handhabung der markenstrafrechtlichen Vorschriften unterscheidet sich von der Gesetzeslage insofern, als sich nach Ansicht der vom Unterzeichner befragten Staatsanwaltschaften¹²⁰⁴ die Strafverfolgung auf wenige Varianten von Markenverletzungen konzentriert. Auch sind die Fallzahlen recht gering. So sind von den bspw. ca. 300 Verfahren eines in Wirtschaftsstrafsachen tätigen Staatsanwalts im Rhein-Neckar-Raum weniger als 5% markenrechtliche Fälle.

Das in der Praxis sehr geringe Fallaufkommen lässt nach Ansicht einiger Bearbeiter keine eingehende Beschäftigung mit der Materie des Markenrechts zu, wodurch sich zumindest zum Teil die in den Produktpiraterieberichten dargestellten hohen Einstellungsraten erklären lassen. Die aufgrund der Kürzung der personellen und materiellen Ressourcen stark beanspruchten Bearbeiter beschäftigen sich vorrangig mit den ihnen bekannten Vorschriften des Kernstrafrechts und erledigen

MdB Jörg van Essen thematisiert, vgl. BT-Ds 12/8387 vom 19. August 1994.

¹²⁰⁴ Im Rahmen der unter III. durchgeführten Umfrage meldeten sich einige Staatsanwälte telefonisch und berichteten von ihren Erfahrungen in Kennzeichenstrafsachen. Des Weiteren hat der Verfasser im Rhein-Neckar-Raum einige Staatsanwälte zu ihren Erkenntnissen interviewt.

gen die nach wie vor als Bagatelldelikte empfundenen Markenverletzungen schnell und schematisch. Zwar ist es natürlich möglich, dass einige Staatsanwaltschaften besondere Erfahrungen oder besonders hohe Fallzahlen – etwa in der Nähe zu den (seit dem 1. Mai 2004 ehemaligen) EU-Außengrenzen im Osten und Südosten Deutschlands – besitzen.

Nach den Erfahrungen der befragten Staatsanwälte lässt sich die ganz überwiegende Zahl von Ermittlungen wegen Markenverletzungen auf zwei Grundmuster zurückführen. Zum einen sind dies Fälle, in denen Waren von bekannten Unternehmen nachgeahmt werden und die Täter diese möglichst Gewinn bringend – „gewerbsmäßig“ – verkaufen. Es handelt sich somit um die Verfahren, die üblicherweise mit dem Stichwort „Produktpiraterie“ bezeichnet werden. Hier gestaltet sich die Ermittlungstätigkeit recht einfach und auch das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale des § 143 MarkenG kann schnell bejaht werden. Meist stellt der Verletzte einen Strafantrag bzw. es wird das besondere öffentliche Interesse bejaht. Auch liegen in diesen Fällen oftmals die Voraussetzungen des Qualifikationsstatbestandes vor, so dass die Aufnahme von Ermittlungen bereits von Amts wegen erfolgen kann. Schließlich bereitet der Nachweis des Vorsatzes regelmäßig keine Probleme, zumindest das Vorliegen des dolus eventualis wird beim Handeln mit nahezu identischen Nachahmungen weit unter dem Originalpreis auch von den Gerichten selten angezweifelt.

Verfahren dieser Art werden verhältnismäßig zügig durchgeführt und enden meist mit einem Strafbefehl, einer Einstellung gegen Auflagen oder einer Verwarnung mit Strafvorbehalt. Der Strafrahmen beläuft sich meist auf Geldstrafen bis zu 90 Tagessätzen. Im Falle der Einstellung nach § 153a StPO soll die Höhe der Geldstrafe zwischen EUR 100 und 5.000 betragen. Sofern es sich dagegen nur um kleinere Mengen von gefälschten Waren oder um Einzelstücke handelt, wird das Verfahren oftmals nach § 153 StPO eingestellt. Man geht offenbar davon aus, dass es zur persönlichen Abschreckung des Täters genügt, dass gegen ihn wegen einer Straftat ermittelt wird. In diesen Fällen wird der Staatsanwalt den Beschuldigten zum Verzicht auf die nach Nr. 75 RiStBV notwendige Herausgabe der im Rahmen einer Durchsuchung beschlagnahmten Ware auffordern, so dass die Ware anschließend vernichtet wird oder nach Entfernung der rechtsverletzenden Kennzeichen einem karitativen Zweck zugeführt werden kann. Ein aufwändiges gerichtliches Einziehungsverfahren wird dadurch vermieden.

Des Weiteren erfolgt eine Einstellung vor allem in Fällen, in denen eine Mehrzahl von Delikten festgestellt werden kann. Hier wird ggf. von der Verfolgung der Markenverletzung nach § 154 StPO abgesehen oder es erfolgt die Beschränkung der Strafverfolgung auf die als „gewichtiger“ angesehenen Taten nach § 154a StPO. Manchmal ist auch der Aufenthaltsort des Täters nicht ermittelbar, dann wird nach § 205 StPO vorläufig eingestellt.

In der Praxis seltener und auch in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht schwerer zu behandeln sein soll die Verfolgung einer zweiten Art von Markenverletzungen. Dies sind Fälle einer Konkurrenzsituation, bei der zwei Händler oder Unternehmen auf einem gemeinsamen Markt tätig sind und möglicherweise markenrechtlich ähnliche Kennzeichen verwenden. Nach Ansicht der befragten Staatsanwälte gestalten sich solche Ermittlungsverfahren – eingeleitet erst nach Stellung eines Strafantrags durch den Inhaber der älteren Rechte – als aufwändig, da die regelmäßig anwaltlich vertretenen Beschuldigten sich oftmals auf Irrtümer, fehlenden Vorsatz oder nicht bestehende Verwechslungsgefahr zwischen den Marken berufen. Die Staatsanwaltschaften fühlen sich in diesem Bereich oft als Ermittlungsbehörden für die parallel laufenden Zivilverfahren „missbraucht“. Jedoch fehlten ihnen die Ressourcen, diese häufig streitigen Rechtsfragen eindeutig zu klären. Solche Verfahren würden daher umso häufiger eingestellt und die Antragsteller auf den Privatklageweg verwiesen.

Andere Fälle von Markenverletzungen, etwa die Verletzung bekannter Marken außerhalb der Verwechslungsgefahr, spielen nach Ansicht der befragten Staatsanwälte keine Rolle bei der Strafverfolgung. Ohnehin könnte man komplexe Ermittlungen wie bspw. die Untersuchung der „Bekanntheit“ einer Kennzeichnung aus Zeit- und Ressourcenmangel nicht durchführen.

III. Umfrage zur Strafverfolgung von Markenverletzungen

1. Zielsetzung

Zur Überprüfung der oben dargestellten subjektiven Erfahrungen einiger Staatsanwälte und zur Gewinnung einigermaßen repräsentativer Ergebnisse über die tatsächliche Bedeutung von kennzeichenrechtlichen Strafverfahren und deren Behandlung durch die Strafverfolgungsbehörden hat der Verfasser eine eigene schriftliche Umfrage durch Versendung eines Fragebogens durchgeführt.

Hauptziel der Befragung sollte es sein, über die Angaben der Strafverfolgungsstatistik hinausgehende aktuelle und einigermaßen aussagekräftige Daten über die Häufigkeit, die Durchführung und mögliche Besonderheiten von Ermittlungs- und Gerichtsverfahren in Kennzeichenstrafsachen zu gewinnen. Zweiter wichtiger Punkt sollte die Überprüfung der Frage sein, ob das vorhandene umfangreiche rechtliche Instrumentarium auch in allen Fällen von Markenverletzungen genutzt wird, oder ob sich die Strafverfolgung tatsächlich vor allem auf die oben unter II. angegebenen Fallkonstellationen eindeutiger Pirateriefälle beschränkt. Schließlich wurde versucht zu ermitteln, ob Probleme bei der praktischen Anwendung der Tatbestände bestehen, wo diese liegen und welche etwaigen Mög-

lichkeiten zur effektiveren Bekämpfung von Nachahmungen von den Rechtsanwendern für sinnvoll gehalten werden.

2. *Konzeption des Fragebogens*

Entscheidend für den Erfolg einer schriftlichen Befragung ist, dass die Befragten zu den abgefragten Themen fundierte, möglichst auf Statistiken beruhende Aussagen treffen können. Die Befragung richtete sich im vorliegenden Fall daher an alle Staatsanwaltschaften, genauer an die grundsätzlich mit Kennzeichenstreitigkeiten befassten Staatsanwälte der Wirtschaftsabteilung. Die Gruppe der Strafrichter an Amts- und Landgerichten wurde nicht berücksichtigt, da bei ihnen weniger Verfahren „ankommen“ und folglich noch geringere Kenntnisse über die Materie des Kennzeichenrechts zu erwarten sind. Zudem können auch die Staatsanwälte über den Ausgang gerichtlicher Verfahren berichten.

Im Lichte dieser Voraussetzungen wurde der in **Anhang 2** abgedruckte Fragebogen entwickelt.¹²⁰⁵ Er enthält insgesamt elf Fragen und lässt sich inhaltlich in die vier Bereiche einteilen: Ermittlungsverfahren, Verfahrensabschluss, gerichtliches Verfahren sowie Probleme des Markenstrafrechts/Verbesserungsmöglichkeiten. Für jeden Teilbereich wurde versucht, sich auf die jeweils relevanten Informationen zu konzentrieren. Für das Ermittlungsverfahren (Fragen 1 bis 3) wurde dazu zunächst die Gesamtzahl der Verfahren des jeweiligen Staatsanwalts bzw. der Behörde ermittelt, um diese nämlich mit der in Frage 2 abgefragten Zahl der rein kennzeichenrechtlichen Verfahren im Erhebungszeitraum von Januar 2001 bis Ende Juni 2003 vergleichen zu können. Die dritte Frage beschäftigt sich mit dem Verhältnis zwischen dem Grunddelikt der Kennzeichenverletzung und der Qualifikation des § 143 Abs. 2 MarkenG. Im zweiten Teil (Fragen 4 und 5) sollten Angaben zu den verschiedenen Arten des Verfahrensabschlusses sowie zu deren prozentualen Verhältnis zueinander gemacht werden. Weiter wurde nach dem im Fall der Klageerhebung überwiegend angerufenen Gericht gefragt. Daran anschließend wurden im dritten Teil (Fragen 6 bis 9) Angaben zur Prozessbeendigung im Gerichtsverfahren, bspw. zur Art und Höhe der Strafe im Falle der Verurteilung, verlangt. Des Weiteren wurde nach der Häufigkeit des Versuchs der Kennzeichenverletzung sowie nach Verfahren aufgrund der absichtlichen Ausnutzung oder Beeinträchtigung bekannter Marken nach § 143 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG gefragt. Schließlich sollte die praktische Bedeutung von urteilsbegleitenden Maßnahmen wie die Einziehung oder die Veröffentlichung des Urteils untersucht werden. Im vierten und letzten Teil (Fragen 10 und 11) wurde versucht, Probleme

¹²⁰⁵ Der Fragebogen wurde mit einem im Bereich Wirtschaftskriminalität tätigen Staatsanwalt einer Staatsanwaltschaft im Rhein-Neckar-Raum abgestimmt, um nämlich die praktische Arbeit der Bearbeiter solcher Verfahren von vorneherein zu berücksichtigen.

der Staatsanwälte bei der praktischen Handhabung von Kennzeichenverfahren zu ermitteln sowie Anregungen hinsichtlich einer effektiveren Bekämpfung von Schutzrechtsverletzungen einzuholen. Um die Stellungnahme zu erleichtern, wurden hier jeweils einige Antworten vorgegeben, aber auch Freiraum für eigene Anmerkungen gelassen.

3. *Durchführung der Befragung*

Der Fragebogen wurde nebst Begleitschreiben als schriftliche Direkterhebung per Post, E-Mail oder Telefax an 94 Staatsanwaltschaften in allen 16 Bundesländern übermittelt. In Ländern wie Bayern oder Rheinland-Pfalz, in denen die Zuständigkeit zur Verfolgung von Markenverletzungen ausschließlich den Schwerpunktstaatsanwaltschaften für Wirtschaftsstrafsachen obliegt, wurden nur diese in die Befragung einbezogen. Ansonsten wurden bundesweit alle Staatsanwaltschaften – jedoch ohne etwaige Zweigstellen – befragt.

Die Umfrage wurde von Anfang August bis Ende Oktober 2003 durchgeführt, wobei den Teilnehmern die vertrauliche Behandlung der gewonnenen Ergebnisse sowie eine anonyme Auswertung ohne Aufschlüsselung nach einzelnen Staatsanwaltschaften zugesichert wurde. Zudem wurde im Anschreiben die Möglichkeit aufgezeigt, telefonisch Kontakt aufzunehmen. Um die Rücklaufquote weiter zu erhöhen, wurde Ende September / Anfang Oktober 2003 nochmals eine Erinnerung verschickt.

4. *Auswertung der Ergebnisse*

Nach Abschluss der Umfrage am 15. November 2003 hatten sich insgesamt 70 der 94 befragten Staatsanwaltschaften rückgeäußert. Die Antwortrate lag somit bei 74%, wobei aufgrund der Faxsendeberichte davon ausgegangen wird, dass alle Fragebögen ihren Empfänger erreicht haben. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die Auskunftsbereitschaft der Staatsanwaltschaften trotz der hohen Arbeitsbelastung und der häufigen Anfragen nach statistischen Auskünften grundsätzlich recht hoch ist. Fast überall wurde das diesseitige Begehren anerkannt und gutgeheißen. Allein dies lässt schon auf die überwiegend bestehende Bereitschaft der Ermittler zur Unterstützung von Aktionen im Kampf gegen Verletzungen gewerblicher Schutzrechte hoffen.

Insgesamt wurden 50 ganz oder zumindest teilweise – ausgefüllte Fragebögen zurückgesandt, woraus sich eine einigermaßen erfreuliche Rücklaufquote von 53% ergibt.¹²⁰⁶ Die Antworten dieser Behörden liegen der nachfolgenden Auswertung

¹²⁰⁶ Berekhoven, Marktforschung, Zweiter Teil, A. 8.1 (S. 113), spricht von einer üblichen Rücklaufquote von 15 bis 60% bei schriftlichen Befragungen; Bretschneider, Mitarbeiterbefragung, S. 149, berichtet

zugrunde, soweit sie zu den einzelnen Fragen verwertbare Angaben enthielten. Von den verbleibenden Behörden teilten 20 mit, dass es ihnen aufgrund der Geschäftsbelastung, der knappen personellen Ressourcen sowie fehlender Statistiken unmöglich war, den Fragebogen zu beantworten. In einigen Fällen konnten hier durch telefonisches Nachfassen zumindest einige Informationen gewonnen werden. Ein weiterer Grund für die Nichtbeantwortung war vereinzelt die Auswechslung des zuständigen Sachbearbeiters für Wirtschaftsstrafsachen, die eine Beantwortung für den Nachfolger ebenfalls nur unter erheblichem Mehraufwand erlaubt hätte. Schließlich wurde bei einigen Staatsanwaltschaften eines Bundeslands die Beantwortung der Fragen von der Genehmigung des zuständigen Justizministeriums abhängig gemacht, da es sich um eine „mehrere Staatsanwaltschaften betreffende Akteneinsicht für wissenschaftliche Zwecke“ nach Nr. 185a Abs. 3 RiStBV handele. Nachdem diese Genehmigung verweigert wurde, konnte eine Auskunfterteilung nicht mehr erfolgen. 24 Behörden meldeten sich auch nach nochmaligem Nachfassen leider überhaupt nicht.

Die Anzahl der nicht erfolgten bzw. nicht verwertbaren Rückäußerungen betrug somit insgesamt 47%. Diese sog. „non-response“ Quote ist nur insofern bedenklich, als unter die Verweigerer einige große Staatsanwaltschaften fallen, bei denen möglicherweise ein größeres Datenmaterial vorliegt. Eine Rücksprache bei einigen dieser Behörden ergab, dass sich die Gesamtsituation der Gruppe der „Verweigerer“ wohl nicht wesentlich von denen der „Antwörter“ unterscheidet und insofern die Auswertung auf Basis der vorliegenden Rückäußerungen kein allzu verzerrtes Bild liefern sollte. Auch die Rückäußerungen anderer „großer“ Staatsanwaltschaften bestätigen diesen Schluss.

Vor der Darstellung und Bewertung der Ergebnisse bleibt noch anzumerken, dass nicht allen Staatsanwaltschaften eine elektronische Abfrage der gewünschten Informationen möglich war. Manchmal konnte nur die Zahl der Fälle aus der Statistik abgefragt werden, die weiteren Angaben erfolgten aus den eigenen Auswertungen des jeweiligen Sachbearbeiters bzw. dessen Erinnerungsvermögen. Aufgrund der dadurch möglichen Unschärfe der Antworten können nachfolgend manchmal auch nur generelle Ergebnisse und Tendenzen wiedergegeben werden. Der Aussagegehalt der insoweit vergleichbaren Produktpiraterieberichte der Bundesregierung dürfte jedoch mindestens erreicht, wenn nicht übertroffen werden.

a) Frage 1 – Anzahl der Ermittlungsverfahren

Die Anzahl der bei einer Staatsanwaltschaft insgesamt bearbeiteten Verfahren in Wirtschaftsstrafsachen sollte sich leicht aus der dort geführten Statistik ermitteln

auf Basis einer Auswertung von 36 Mitarbeiterbefragungen von einer durchschnittlichen Rücklaufquote von 46%.

lassen. Trotzdem wurde diese Vorfrage nur von 28 Staatsanwaltschaften auswertbar beantwortet, sodass die sich daraus ergebenden Ergebnisse nicht besonders repräsentativ für alle Behörden sein können. Einige weitere Staatsanwälte gaben jeweils nur einige wenige Fälle an, was entweder auf eine Unzuständigkeit des Bearbeiters für Wirtschaftsstrafsachen oder auf eine Berücksichtigung nur kennzeichenrechtlicher Fälle schließen lässt. Auf jeden Fall wurden diese Daten im Folgenden nicht berücksichtigt.

Soweit die Bearbeiter von Wirtschaftsstrafsachen die Fallzahlen ihres Referats angaben, beliefen sich diese auf zwischen 180 und 400 Fälle pro Jahr. Ein Teilnehmer aus Brandenburg berichtete von 700 Fällen, verwies jedoch auf die zahlreichen gleich gelagerten Verfahren des Schmuggels von Zigaretten durch Privatpersonen aus Osteuropa.

Insgesamt bearbeiteten die Abteilungen für Wirtschaftsstrafsachen im Jahr 2002 ausweislich der vorliegenden Ergebnisse zwischen 700 und 4.500¹²⁰⁷ Fälle, wobei in diesen Zahlen teilweise auch Verfahren des Betrugs, der Falschgelddelikte etc. enthalten sind. Im gerundeten Durchschnitt betrug der Geschäftsanfall ca. 1.800 Verfahren pro Jahr für jede Staatsanwaltschaft, woraus sich die erhebliche Arbeitsbelastung der in diesem Bereich tätigen Staatsanwälte ersehen lässt. Hinzu kommt, dass sich die Ermittlungstätigkeit in Wirtschaftsstrafverfahren aufgrund der häufig notwendigen Durchsicht und Bewertung einer Vielzahl geschäftlicher Dokumente meist sehr viel komplexer und arbeitsintensiver gestaltet als bei sonstigen Delikten.

b) Fragen 2a) und 2b) – Ermittlungsverfahren wegen Verstoß gegen die Strafvorschriften des Markenrechts

Diese Frage wurde für das Jahr 2001 von nahezu allen, nämlich von 46 sich rückäußernden Behörden beantwortet.¹²⁰⁸ Danach fielen in 2001 bei 18 Staatsanwaltschaften gar keine oder nur ein bis zwei rein kennzeichenrechtliche Verfahren pro Jahr an. Weitere acht Behörden gaben drei bis fünf Verfahren pro Jahr an, fünf Staatsanwaltschaften nannten sechs bis zehn Fälle und bei immerhin 15 Behörden betrug die Anzahl der Verfahren mehr als zehn pro Jahr. Dabei handelte es sich bei den Behörden mit hohen Fallzahlen oftmals um die großen Schwerpunktstaatsanwaltschaften für Wirtschaftsstrafsachen, welche für eine ganze Region

¹²⁰⁷ In einem Fall wurden von einer mittelgroßen Behörde zunächst 6.000 Fälle angegeben, nach Rückfrage wurde diese Zahl aber auf 2.000 korrigiert.

¹²⁰⁸ Lediglich in einigen Fällen wurde die Gesamtzahl der Verfahren über den Ermittlungszeitraum angegeben. In zwei weiteren Fällen konnten die Daten für das 1. Halbjahr 2003 noch nicht übermittelt werden.

zuständig sind. Hier belief sich die Anzahl der Markenstrafsachen manchmal auf bis zu 60 Fälle pro Jahr.

Für das Jahr 2002 konnten sogar die Daten von 48 Staatsanwaltschaften verwertet werden. Ebenfalls 18 Behörden konnten maximal zwei Verfahren verzeichnen, zehn Bearbeiter gaben drei bis fünf Verfahren an, acht sprachen von sechs bis zehn Vorgängen und zwölf Staatsanwälte gaben mehr als zehn Fälle in diesem Jahr an. Die Verteilung der Verfahrenshäufigkeit entspricht damit der des Vorjahres.

Schließlich lagen für das 1. Halbjahr 2003 von 42 Behörden die Daten vor. Danach verzeichneten 17 Behörden bis zu zwei Fälle, zwölf konnten drei bis fünf Verfahren verbuchen. Sieben Staatsanwaltschaften bearbeiten schon in der ersten Jahreshälfte sechs bis zehn Verfahren und weitere sechs Bearbeiter gaben mehr als zehn Ermittlungsverfahren an.

Insgesamt ergibt sich aus den vorliegenden Daten ein Durchschnitt von ca. 13 Verfahren kennzeichenrechtlicher Art pro Staatsanwalt im Jahr 2001, von zehn Verfahren im Jahr 2002 und von sechs Verfahren im ersten Halbjahr 2003.¹²⁰⁹

Ein Vergleich dieser Zahlen mit den ca. 1.800 Verfahren einer durchschnittlichen Behörde bzw. den ca. 200 bis 400 Fällen eines Sachbearbeiters für Wirtschaftsstrafsachen zeigt, dass Markenstrafsachen nicht nur im Vergleich zum zivilrechtlichen Klageverfahren, sondern auch in Bezug auf andere Wirtschaftsstrafsachen, untergeordnete Bedeutung zukommt. Wenn man durchschnittlich ca. zehn bis 13 Markenverfahren pro Jahr zugrunde legt, ergibt sich daraus ein Anteil zwischen 2,5 und 6,5% an allen Verfahren eines Sachbearbeiters. Diese Ergebnisse decken sich mit der polizeilichen Kriminalstatistik, wonach fast zwei Drittel (60,5%) aller wirtschaftsstrafrechtlichen Delikte in Zusammenhang mit Betrug stehen. Weitere 19% entfallen auf den Anlage und Finanzbereich und ca. 13% auf den Bereich der Wettbewerbsdelikte.¹²¹⁰

Genauere Zahlen können für Rheinland-Pfalz angegeben werden. Dort werden pro Jahr insgesamt ca. 8.500 Verfahren von den beiden Schwerpunktstaatsanwaltschaften im Wirtschaftsstrafrecht verzeichnet. Davon entfielen auf die Strafvorschriften des Markenrechts im Jahr 2001 ca. 120 Verfahren, im Jahre 2002 insgesamt 97 Verfahren und im 1. Halbjahr 2003 etwa 63 Verfahren. Der Anteil der §§ 143 ff. MarkenG an allen Wirtschaftsstrafsachen betrug folglich ca. 1,4% im Jahr 2001, ca. 1,1% im Jahr 2002 und im 1. Halbjahr 2003 ca. 1,5% (63 Fälle).

Ungeachtet der absolut gesehenen niedrig erscheinenden Zahlen zeigt ein Vergleich mit den im ersten Produktpirateriebericht¹²¹¹ erwähnten ca. 300 bis 400

¹²⁰⁹ 2001: 592 Verfahren bei 46 Staatsanwaltschaften (2002: 461/48, 2003: 238/42).

¹²¹⁰ Polizeiliche Kriminalstatistik 1999, Erster Periodischer Sicherheitsbericht 2001 (Kurzfassung), Tabelle 2.4-2; S. 140.

¹²¹¹ Ein Vergleich mit dem 2. Bericht kann leider nicht erfolgen, da dieser keine Fallzahlen zu den

markenrechtlichen Verfahren zwischen dem 1. Juli 1990 und dem 25. Juni 1993 – mithin ca. 100 bis 133 Verfahren pro Jahr in ganz (West-)Deutschland –, dass sich die Ermittlungstätigkeit deutlich erhöht hat. Denn nach den hier vorliegenden Antworten betrug das Fallaufkommen bereits von weniger als der Hälfte der befragten 98 Staatsanwaltschaften fast 600 Fälle in 2001 (592 Fälle von 45 Behörden), ca. 435 Fälle in 2002 (46 Behörden) und 236 Fälle im 1. Halbjahr 2003 (42). Insofern ist wohl auch im Lichte der unvollständigen Datenbasis statistisch nachweisbar, dass die Bedeutung der markenstrafrechtlichen Vorschriften in den letzten zehn Jahren zugenommen hat und dass sich dies auch in der Ermittlungstätigkeit der Behörden niedergeschlagen hat.

Innerhalb des Ermittlungszeitraums von Anfang 2001 bis Ende Juni 2003 muss von einer ziemlich gleich bleibenden durchschnittlichen Fallzahl ausgegangen werden. Jedenfalls lässt sich kein Trend zur Zunahme der Verfolgung von Markenverletzungen in den letzten drei Jahren ablesen. Auch aus der Einzelanalyse der Ergebnisse ist derartiges nicht ersichtlich. Insgesamt kann jedoch aus den Umfrageantworten der Schluss gezogen werden, dass die kennzeichenrechtlichen Straftatbestände selbst im Rahmen der Wirtschaftskriminalität nur eine vergleichsweise geringe Rolle spielen. Gleichwohl gilt aber auch, dass deren Häufigkeit in den letzten zehn Jahren deutlich angestiegen ist und die meisten Staatsanwälte hin und wieder mit entsprechenden Fällen betraut sind.

In *Frage 2b*) wurde nach der Anzahl der Fälle der strafbaren Benutzung geographischer Herkunftsangaben nach § 144 MarkenG gefragt. Diese Frage wurde von 42 Staatsanwaltschaften beantwortet, wobei 30 (71%) Behörden darauf hinwiesen, dass ihnen im abgefragten Zeitraum überhaupt keine Verfahren dieser Art bekannt geworden sind. Lediglich zwölf Staatsanwälte berichteten von Ermittlungen, wobei – mit Ausnahme einer Behörde, die in einem Jahr drei solcher Verfahren zu bearbeiten hatte – jeweils nur ein bis zwei Verfahren pro Jahr anhängig wurden.¹²¹² Zu erwähnen ist noch, dass allein ein Viertel der insgesamt mitgeteilten ca. 16 Ermittlungsverfahren die geographische Herkunftsangabe „Solingen“ betrafen.¹²¹³ Offenbar ist diese Angabe so bekannt, dass die Verfolgungsbehörden besonders sensibilisiert sind. Darüber hinaus betreiben die ansässigen Unternehmen auch eine aktive Schutzrechtspolitik. So „fahndet“ die IHK Wuppertal-Solingen-Remscheid auf Messen nach Nachahmungen von Besteck- und Schneidwaren und gibt zum Schutz der Bezeichnung „Solingen“ auch einen Leit-

markenrechtlichen Vorschriften angibt.

¹²¹² Eine Staatsanwaltschaft bejahte Ermittlungen im Rahmen des § 144, konnte jedoch keine genaue Fallzahl angeben.

¹²¹³ Weitere strafrechtlich verfolgte Angaben waren „Meissner Porzellan“ oder „Kentucky Straight Bourbon Whiskey“.

faden für Ermittlungen im Bereich Produkt- und Markenpiraterie heraus.¹²¹⁴ Dies zeigt die Bedeutung einer aktiven Schutzrechtspolitik, welche auch die strafrechtlichen Möglichkeiten miteinbezieht.

Gleichwohl ist eine gesteigerte Bedeutung des § 144 MarkenG angesichts der dargestellten äußerst geringen Fallzahlen nicht erkennbar. Offensichtlich überwiegen hier die zivil- und zollrechtlichen Maßnahmen die strafrechtlichen Möglichkeiten noch mehr als bei der strafbaren Kennzeichenverletzung. Darüber hinaus scheint das Verfolgungsinteresse dieses reinen Amtsermittlungsdelikts¹²¹⁵ etwas geringer zu sein. Dies aufgrund der Tatsache, dass durch die Herkunftsangaben kein unmittelbarer betrieblicher Herkunftshinweis erfolgen soll und es auch kein unmittelbares und individualisierbares „Tatopfer“ gibt.

c) Frage 3 – Grunddelikt und Qualifikation

Die Frage nach dem Verhältnis zwischen dem Grunddelikt des § 143 Abs. 1 und der Qualifikation der gewerbsmäßigen Handlungsweise nach § 143 Abs. 2 konnte leider nur von sehr wenigen, nämlich 25 Staatsanwaltschaften beantwortet werden. Die restlichen Behörden sahen sich zur Auskunftserteilung außerstande, da eine Unterscheidung zwischen Grundtatbestand und Qualifikation von der verfügbaren Statistiksoftware nicht gemacht werde. Des Weiteren schieden hier natürlich die Staatsanwaltschaften aus, die überhaupt keine Fälle von Markenverletzungen zu verbuchen hatten.

Insofern lassen sich aufgrund der nur wenigen Antworten, die überdies zum Teil auf Schätzungen der Sachbearbeiter basieren, keine verlässlichen Aussagen treffen. Denn so wandten insgesamt vier Behörden mit jeweils 70, sieben bzw. drei Fällen in zweieinhalb Jahren den Qualifikationstatbestand gar nicht an. Eine größere Behörde mit ca. 30 Verfahren pro Jahr gab an, dass die Anwendung der Qualifikation die Ausnahme ist.

Im Gegensatz dazu teilte eine Schwerpunktstaatsanwaltschaft mit insgesamt 130 Verfahren innerhalb des Untersuchungszeitraums mit, dass bei ihr der Anteil der Qualifikationen ca. 70% beträgt. Der hohe Anteil des gewerbsmäßigen Handelns wurde damit begründet, dass damit auch Kleinstgewerbetreibende erfasst würden, die zwar nur in geringerem Umfang, aber dennoch regelmäßig Waren auf Flohmärkten etc. verkaufen. Der Grundtatbestand sei nur dann erfüllt, wenn Personen im Einzelfall – ohne Gewerbetreibende zu sein – z.B. im Rahmen von Internetauktionen Plagiate anbieten. Damit einhergehend teilten weitere zwei Behörden mit, dass sich bei ihnen der Anteil des Qualifikationstatbestands – wenn auch ba-

¹²¹⁴ Auf der Homepage der IHK Wuppertal-Solingen-Remscheid abrufbar, www.wuppertal.ihk24.de.

¹²¹⁵ Vergleiche 4. Kapitel A. I .4. b).

sierend auf relativ geringem Fallaufkommen, nämlich zwölf und 22 Fällen im Untersuchungszeitraum – auf 90% beläuft.

Dazwischen lagen die Erfahrungen einer großen Schwerpunktstaatsanwaltschaft für Wirtschaftsstrafsachen mit insgesamt ca. 150 Fällen, die das Verhältnis zwischen Grunddelikt und Qualifikation mit in etwa 50% angab. Auch in einem ostdeutschen Bundesland, welches die Fallzahlen für alle Staatsanwaltschaften en bloc übermittelte, betrug der Anteil der Qualifikation in 2001 über 50%, fiel im folgenden Jahr jedoch auf Null, um im 1. Halbjahr 2003 auf ca. 8% anzusteigen. Die restlichen befragten Dienststellen berichteten von einem Qualifikationsanteil zwischen zehn und 50 %, wobei der Durchschnitt hier bei ca. 20% lag. Jedoch resultieren diese Angaben – statistisch eigentlich nicht sinnvoll verwertbar – auf sehr geringen absoluten Fallzahlen.

Angesichts dieser weit auseinander liegenden Aussagen kann nur festgehalten werden, dass der Qualifikationstatbestand von den Behörden ganz unterschiedlich angewandt wird. Ein Staatsanwalt führte dazu aus, dass bei Markenverletzungen von Privatpersonen, die z.B. bei der Einfuhr gefälschter Ware in die Bundesrepublik aufgedeckt werden, oder welche widerrechtlich gekennzeichnete Ware im Internet verkaufen, fast immer nur der Grundtatbestand angenommen wird. Andererseits scheint bei Wiederholungstätern bzw. bei Handeln zur Einkommenserzielung richtigerweise auch der Qualifikationstatbestand Berücksichtigung zu finden. Diesbezüglich bemerkte ein anderer Staatsanwalt, dass es in den Fällen des § 143 Abs. 2 MarkenG an qualifizierten Ermittlungsbeamten fehlt, die das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals sinnvoll beurteilen könnten. Oftmals werde zur Vermeidung länger andauernder Ermittlungstätigkeit nur das Grunddelikt zugrunde gelegt. Im Gegensatz dazu wurde jedoch von rechtlichen Problemen bei der Feststellung des Merkmals der „gewerbsmäßigen“ Handlungsweise – anders als beim Erfordernis des Handelns im geschäftlichen Verkehr, siehe unten Frage 10 – Anwendungsprobleme, nichts berichtet.

d) Frage 4 – Verfahrenseinstellung

Mit dieser Frage sollten die Häufigkeit (Frage 4a) und die verschiedenen Gründe der Verfahrenseinstellung (Frage 4b) sowie die Art und Höhe etwaiger Auflagen nach § 153a StPO (Frage 4c) untersucht werden.

(1) Frage 4a) – Einstellungsquote

Zur ersten Teilfrage nach der Anzahl der eingestellten Ermittlungsverfahren konnten nur insgesamt 28 (in 2001 und 2002) bzw. 23 Staatsanwaltschaften (im 1. Halbjahr 2003) substantiiert Stellung nehmen. Hier ist natürlich zu berücksichtigen, dass die Behörden ohne jegliche Markenstrafverfahren natürlich keine Bewertung der Einstellungshäufigkeit abgeben konnten.

Für das Jahr 2001 lag die Einstellungsquote bei 14 von 28 Behörden zwischen 75 und 100%. Weitere elf Dienststellen konnten eine Einstellungsrate von 50 bis 75% verzeichnen und lediglich drei Staatsanwaltschaften gaben eine Quote von weniger als 50% an. Dazu ist anzumerken dass von den insgesamt zwölf Staatsanwaltschaften mit einer hundertprozentigen Einstellungsrate neunmal nur ein oder zwei Verfahren anfielen. Lediglich die verbleibenden drei Staatsanwaltschaften mit dieser hohen Quote konnten sechs bis 30 Fälle von Markenverletzungen verzeichnen.

Gleichwohl kann diesen Angaben entnommen werden, dass Behörden mit nur sehr wenigen Fallzahlen offenbar noch mehr dazu neigen, nach den Opportunitätsvorschriften einzustellen. Im Gegensatz dazu wiesen weitere Behörden mit vergleichsweise hoher Fallzahl (zehn bis 60 Fälle in 2001) eine mittlere Einstellungsquote zwischen 40 und 66% aus. In einem ostdeutschen Bundesland, welches detaillierte Angaben für alle seine Staatsanwaltschaften machte, konnte die Einstellungsquote mit 59% errechnet werden. Bei Einbeziehung aller insgesamt angegebenen Verfahren ergibt sich eine ähnliche Quote, nämlich eine durchschnittliche Einstellungsrate von 62% für das Jahr 2001.¹²¹⁶

Im Jahr 2002 lag die Quote der Verfahrenseinstellungen bei acht von 28 Staatsanwaltschaften zwischen 75 und 100%. Ebenfalls acht Staatsanwaltschaften vermeldeten Raten im Bereich zwischen 50 und 75% und zwölf Behörden gaben eine Quote von weniger als 50% an. Insgesamt also eine recht gleichmäßige Verteilung, wenngleich auch hier gilt, dass die Behörden mit vergleichsweise hoher Ermittlungstätigkeit sich meist im Bereich einer Einstellungsquote zwischen 40 und 59% bewegen. Jedoch waren unter den acht Behörden mit einer Einstellungsquote von über 75% diesmal fünf, die zwischen neun und 30 Fälle pro Jahr bearbeiteten. Im Gegensatz dazu gab es in diesem Jahr aber auch einige Behörden mit Einstellungsquoten von deutlich unter 50%. Insgesamt vier Staatsanwälte gaben sogar an, überhaupt keine Einstellungen vorgenommen zu haben, wobei aber auch hier nur jeweils maximal drei Verfahren geführt wurden. Insgesamt ergibt sich aus der Gesamtzahl der durchgeführten Ermittlungsverfahren eine durchschnittliche Einstellungsrate von 58% für dieses Jahr.¹²¹⁷

Für das erste Halbjahr 2003 schließlich verzeichneten 10 von 22 Staatsanwaltschaften eine Einstellungsquote von unter 50%. Ebenfalls zehn Behörden gaben Quoten zwischen 75 und 100% an und nur zwei Staatsanwälte verzeichneten eine Rate zwischen 50 und 75%. Auch hier schwankten die Quoten erheblich. Da jedoch die Behörden mit hohem Fallaufkommen einerseits zwischen 40 und 48%

¹²¹⁶ 242 Einstellungen aus insgesamt 392 eingeleiteten Ermittlungsverfahren. Um nicht die Angaben der Staatsanwaltschaften mit nur ganz geringen Fallzahlen überzugewichten, wurde diese Quote aus der Gesamtzahl der eingestellten Verfahren im Verhältnis zu allen anhängigen Verfahren ermittelt.

¹²¹⁷ 191 Einstellungen aus 331 Verfahren.

und andererseits von 80 bis 100% aufweisen, betrug die Einstellungsquote – unter Berücksichtigung aller in diesem letzten Zeitraum durchgeführten Ermittlungsverfahren – insgesamt 52%.¹²¹⁸

Über den gesamten zweieinhalbjährigen Ermittlungszeitraum wurden 510 von 870 erfassten Ermittlungsverfahren eingestellt. Dies ergibt eine Quote von knapp 59%. Gegenüber der in den Produktpiraterieberichten 1993 und 1999 angegebenen Einstellungsquote von 75 bis 95% sowie der Einstellungsrate von 71%¹²¹⁹ bei den wirtschaftsstrafrechtlichen Nebengesetzen ist dieser Wert vergleichsweise niedrig.

(2) Frage 4b) – Gründe der Einstellung

Bei der zweiten Unterfrage nach den Einstellungsgründen und deren Verhältnis zueinander wurden der Einfachheit halber die häufigsten Möglichkeiten vorgegeben, nämlich die Einstellung nach § 170 Abs. 2 StPO aufgrund fehlenden Tatverdachts, die Einstellung mit oder ohne Auflagen nach den §§ 153, 153a StPO sowie die Einstellung aus sonstigen Gründen, bspw. Beschränkung der Strafverfolgung, Abgabe an eine andere Staatsanwaltschaft oder Verweis auf den Privatklageweg. Zur besseren Einordnung der Ergebnisse ist voranzustellen, dass von dem Anteil von 71% durch Einstellung erledigten wirtschaftsstrafrechtlichen Verfahren zurzeit ca. 42% (59% aller Einstellungen) nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt werden. Die restlichen 29% (41% aller Einstellungen) werden ohne (23%) oder mit Auflagen (6%) erledigt.¹²²⁰

Mit dieser Teilfrage sollte herausgefunden werden, ob sich die Erledigungsstrukturen im Markenstrafrecht von der dargestellten Praxis sonstiger Wirtschaftsstrafsachen unterscheiden. Aufgrund der ansonsten zu zeitaufwendigen Beantwortung wurde auf den gesamten Befragungszeitraum abgestellt und nur um Angabe des ungefähren Verhältnisses der verschiedenen Einstellungsalternativen gebeten. Nach Auswertung der Antworten von 26 zu dieser Frage Stellung nehmenden Staatsanwaltschaften lag der durchschnittliche Anteil von Einstellungen nach § 170 Abs. 2 StPO bei 38%, der nach den §§ 153, 153a StPO bei 44% und die Quote von Einstellungen aus sonstigen Gründen bei 13%.¹²²¹ Bei näherer Betrachtung

¹²¹⁸ 77 Einstellungen aus 147 Verfahren. Aufgrund des nur halbjährigen Abfragezeitraums und dem Vorliegen einiger noch nicht abgeschlossener Ermittlungsverfahren kann sich diese Quote noch geringfügig verändern.

¹²¹⁹ PSB 2001, 2.4.6.2, Schaubild 2.4-1 (S. 154).

¹²²⁰ Zahlen für das Jahr 1997, PSB 2001, 2.4.6.2, Schaubild 2.4-1 (S. 153 und 154). Dabei werden vom PSB auch die Erledigungsarten der § 154ff. StPO einbezogen.

¹²²¹ Der Rest von ca. 5% ergibt sich aus der Tatsache, dass sich die Angaben der Teilnehmer fast immer auf die drei vorgegebenen Möglichkeiten der Verfahrenseinstellung beschränken und andere Erledigungsalternativen wie z.B. 374 StPO teilweise nicht vorkamen oder nicht angegeben wurden.

tung der Einzelergebnisse zeigt sich, dass das Verhältnis der verschiedenen Alternativen stark schwankt. Während es vor allem bei Behörden mit nur wenigen Verfahren naturgemäß extreme Abweichungen gibt – hier wurde oftmals ein sehr hoher Prozentsatz oder sogar alle Verfahren nach den Opportunitätsvorschriften erledigt – bestätigt die Betrachtung nur der Behörden mit vergleichsweise vielen Ermittlungsverfahren den errechneten Durchschnittswert, zeigt nämlich einen Anteil von Einstellungen zwischen 20 und 50% nach § 170 Abs. 2 StPO und von 40 bis 50% bei den §§ 153,153a StPO. Jedoch verzeichneten auch einige Behörden mit relativ großer Fallzahl eine hohe Quote von Opportunitätseinstellungen. Insgesamt wird deutlich, dass die ermittelte Quote von 44% an Opportunitätseinstellungen etwas höher liegt als im Wirtschaftsstrafrecht üblich. Damit einhergehend scheint der Anteil der Einstellungen nach § 170 Abs. 2 StPO deutlich niedriger zu sein. Daraus könnte man den Schluss ziehen, dass der Nachweis der Täterschaft, der Tat und der Tatumstände einer Kennzeichenverletzung in der Ermittlungspraxis keine besonderen Probleme bereitet. Hinzu kommt die oben D. II. dargestellten Tatsache, dass Ermittlungen ganz überwiegend bei Offenkundigkeit des Vorliegens einer Nachahmung aufgenommen werden und somit allenfalls der Nachweis des Vorsatzes oder des Handelns im geschäftlichen Verkehr zweifelhaft ist. Eine Einstellung nach § 170 Abs. 2 StPO könnte insofern seltener notwendig sein als im sonstigen Wirtschaftsstrafrecht, wo auch häufig das Problem besteht, dass ein Verhalten nicht unter einen Straftatbestand subsumiert werden kann.

(3) Frage 4c) – Art und Höhe der Auflagen

Zur letzten Teilfrage nach der Erteilung von Auflagen im Falle der Einstellung nach § 153a StPO wurde regelmäßig die Zahlung eines Geldbetrages gem. § 153a Abs. 1 Nr. 2 StPO festgesetzt. Dessen Höhe betrug überwiegend im Minimum zwischen EUR 100 und EUR 500 sowie im Maximum zwischen EUR 500 und EUR 2.000. Die Angabe einer durchschnittlichen Höhe der zu zahlenden Summe erscheint aufgrund der zu unterschiedlichen und noch dazu sehr allgemeinen Angaben als wenig angemessen. Jedoch soll angemerkt werden, dass anscheinend bei den größeren Schwerpunktstaatsanwaltschaften mit vielen markenstrafrechtlichen Fällen höhere Auflagen erteilt wurden, im Einzelfall sogar bis EUR 10.000. Allerdings konnten insgesamt nur die Angaben von 15 Staatsanwälten verwendet werden, da die aufgrund des Fehlens einer statistischen Erfassung notwendige Einzelauswertung der Akten für viele Bearbeiter zu zeitaufwändig erschien.

(4) Zusammenfassung

Bei zusammenfassender Betrachtung der sich aus der Auswertung der zu Frage 4 ergebenden Erkenntnisse zeigt sich, dass sich die Erledigungspraxis im Markenstrafrecht nicht grundsätzlich von der Behandlung sonstiger Wirtschaftsstraftaten

abhebt. Lediglich die Einstellungsquote von 59% aller Verfahren ist im Vergleich zu derjenigen von 71% im Wirtschaftsstrafrecht niedriger. Sie ist eher vergleichbar mit der Quote von ca. 65% an Verfahrenseinstellungen in allgemeinen Strafsachen.

Des Weiteren hat sich bei der Ermittlung des Verhältnisses der verschiedenen Einstellungsalternativen gezeigt, dass im Markenstrafrecht eine etwas größere Anzahl von Verfahren nach den §§ 153 ff. StPO eingestellt wird, während der Anteil der Einstellungen nach § 170 Abs. 2 StPO deutlich geringer ausfällt. Dies könnte eine leichte Verschiebung zugunsten der Opportunitätseinstellungen gegenüber der sonst üblichen Erledigungspraxis im Wirtschaftsstrafrecht bedeuten.

Insgesamt kann man aus den vorliegenden Zahlen – selbst im Lichte der nicht vollständigen Datenbasis – den Schluss ziehen, dass die Komplexität markenrechtlicher Verfahren geringer und der Tatnachweis einfacher ist als im sonstigen Wirtschaftsstrafrecht. Möglicherweise kommt hinzu, dass auch vor allem eindeutige Fälle von Zeichenverletzungen zum Gegenstand von Ermittlungsverfahren gemacht werden. In solchen Fällen bereitet die Ermittlung von Tat, Täter und Tatumständen keine besonderen Probleme. Schließlich kann man davon ausgehen, dass die Straftatbestände des Markenrechts den Bearbeitern mittlerweile vertraut sind und nicht mehr pauschal aufgrund der unbekannteren und daher ungeliebteren Materie eingestellt werden. All dies kann zu einer geringeren Einstellungsquote führen.

e) Frage 5 – Klageerhebung

Grundsätzlich sind in Kennzeichenstrafsachen in erster Instanz die Amtsgerichte zuständig, so dass die Staatsanwaltschaften dort Anklage erheben müssen. Sofern keine höhere Strafe als Freiheitsstrafe von zwei Jahren zu erwarten ist, wird das Verfahren vor dem Einzelrichter durchgeführt, § 25 GVG. Bei einer zu erwartenden Freiheitsstrafe von zwei bis vier Jahren oder bei einem Verbrechen ist das Schöffengericht zuständig. Sofern eine Freiheitsstrafe von über vier Jahren zu erwarten ist, wird vor der Strafkammer des Landgerichts verhandelt. In Kennzeichenstrafsachen besteht in diesen Fällen die Besonderheit, dass die Wirtschaftsstrafkammern der Landgerichte zuständig sind, § 74c Abs. 1 Nr. 1 GVG.¹²²² Der Gesetzgeber wollte in den Fällen der Anklageerhebung beim Landgericht durch die Konzentration auf einige wenige Wirtschaftsstrafkammern eine einheitlichere Rechtsanwendung erreichen.¹²²³

¹²²² Vgl. zur Zuständigkeitsregelung 4. Kapitel B. 1.

¹²²³ Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Produktpiraterie vom 15. Juni 1989, BT-Ds 11/4792, S.26, vgl. zu diesem Gesetz: 2. Kapitel E. II.

Ausweislich der Statistik der Strafgerichte wurden im Jahre 2001 nur 1,7% aller insgesamt 818.397 erstinstanzlichen Strafverfahren vor den Landgerichten erledigt.¹²²⁴ Mit der fünften Frage sollte daher auch die praktische Relevanz dieser theoretisch eröffneten Möglichkeit einer Anklageerhebung bei der Wirtschaftsstrafkammer zumindest in schweren Fällen von Markenverletzungen überprüft werden. Das Ergebnis führt die Intention der Gesetzesbegründung zum Produktpirateriegesetz jedoch offenbar ad absurdum. Denn keine einzige der 33 zu dieser Frage Stellung nehmenden Staatsanwaltschaften hat im Zeitraum von Januar 2001 bis Ende Juni 2003 Anklage wegen Kennzeichenverletzung beim Landgericht erhoben. Ein Staatsanwalt teilte diesbezüglich explizit mit, dass „die Trauben der Wirtschaftsstrafkammer für die Fälle der Markenverletzungen, selbst wenn es sich um einen größeren Schaden handelt, einfach zu hoch hängen“. Angesichts der anzunehmenden Rechtsfolgenerwartung von mehr als vier – bis zum 30. Februar 1993 drei¹²²⁵ – Jahren Freiheitsstrafe, § 74 Abs. 1 S. 2 GVG, lässt sich diese Einschätzung gut verallgemeinern, denn die notwendigen Strafhöhen werden selbst in schweren Fällen von Markenverletzungen, mithin gewerbsmäßiger Produktpiraterie, nach den Angaben der Staatsanwaltschaften so gut wie nie erreicht. Vielmehr werden die meisten Fälle im schriftlichen Verfahren vor dem Amtsgericht, nämlich durch Strafbefehl, abgeschlossen. Darauf soll sogleich näher bei Frage 6 eingegangen werden.

Aus der fehlenden Anklageerhebung bei der Wirtschaftsstrafkammer lässt sich jedoch ableiten, dass das maximal mögliche Strafmaß von fünf Jahren Freiheitsstrafe in der Praxis zumindest bei reinen Kennzeichenstrafsachen nicht annähernd erreicht wird. Forderungen nach einer weiteren Erhöhung des maximalen Strafmaßes gehen somit an der Realität vorbei und sind allenfalls ihrer abschreckenden Wirkung nach zu beurteilen. In diesem Zusammenhang ist des Weiteren zu beachten, dass die Amtsgerichte ohnehin nur eine maximale Freiheitsstrafe von bis zu vier Jahren verhängen können, § 24 Abs. 2 GVG. Angesichts der soeben dargestellten Tatsache, dass Kennzeichenverletzungen nahezu ausschließlich bei den Amtsgerichten angeklagt werden, wird das Strafmaß schon aufgrund der Gerichtsorganisation selbst in schweren Fällen automatisch begrenzt.¹²²⁶ Das Erreichen der Höchststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe ist somit rein theoretischer Natur.

¹²²⁴ Statistik der Strafgerichte 2001, herausgegeben vom Statistischen Bundesamt, Tab. 1.2, 3.3 und 9.2.

¹²²⁵ Geändert durch Art. 3 Nr. 6 des Gesetzes vom 11. Januar 1993, BGBl. I, S. 50.

¹²²⁶ So auch der Bericht der deutschen Landesgruppe der AIPPI auf der Tagung 2002 in Lissabon, vgl. 7. Kapitel, B. 3.

f) Frage 6 – Verurteilungen, Strafarten und Strafmaß

Mit der in drei Unterfragen unterteilten sechsten Frage sollte die Häufigkeit der wegen Kennzeichenverletzungen ausgesprochenen Verurteilungen (Frage 6a), das Verhältnis zwischen Geld- und Freiheitsstrafen (Frage 6b) sowie die Höhe der verhängten Strafen (Frage 6c) ermittelt werden. Diese Frage konnte immerhin von 36 (für 2001 und 2003) bzw. 37 (für 2002) der befragten Staatsanwaltschaften mit Zahlenmaterial beantwortet werden. Sofern nur allgemein von „Strafbefehlsverfahren“ gesprochen wurde oder keine Zahlenangaben erfolgen konnten, wurden die Antworten nicht verwertet.

(1) Frage 6a) – Verurteilungsquote

Im Konkreten berichteten für das Jahr 2001 von 36 Staatsanwaltschaften insgesamt nur 13 von Verurteilungen wegen Kennzeichenverletzungen. Dies entspricht einer Quote von 36% aller Behörden, wobei darin die Strafbefehlsverfahren eingeschlossen sind. Fünf weitere Behörden hatten überhaupt keine Ermittlungsverfahren zu verzeichnen, weshalb auch keine Verurteilungen erfolgen konnten. Weitere 18 Behörden (50%) führten zwar Ermittlungsverfahren durch, welche aber nicht zu einer Verurteilung oder einem Strafbefehl führten, sondern meist nach den Opportunitätsvorschriften der §§ 153 ff. StPO eingestellt wurden.

Für das Jahr 2002 konnten – ausgehend von 37 Staatsanwaltschaften – zwölf Behörden Verurteilungen erzielen. Daraus resultiert eine Quote von 32%. Sieben Behörden hatten in diesem Jahr überhaupt keine Verfahren und weitere 18 konnten keine Verurteilungen verbuchen. Im ersten Halbjahr 2003 lagen schließlich – bei wiederum 36 verwertbaren Antworten – bei elf Behörden keine Fälle von Markenverletzungen vor. Bei weiteren 17 Staatsanwaltschaften führte keines der Ermittlungsverfahren zu einer Anklage und nur in acht Fällen – 22% – wurde eine Verurteilung erreicht.

Auffällig bei diesen Zahlen ist, dass es im Untersuchungszeitraum bei ca. der Hälfte der sich rückäußernden Behörden trotz des Vorliegens kennzeichenrechtlicher Verfahren in keinem Fall zu einer Verurteilung des Täters kam. Zwar betraf dies wiederum vor allem Behörden mit einem sehr geringen absoluten Fallaufkommen, aber selbst in einer Größenordnung von zehn bis 30 jährlichen Ermittlungsverfahren gab es einige Behörden mit einer Verurteilungsrate von 0%. Offenbar scheuen kleinere Behörden – die selten mit Ermittlungsverfahren des Kennzeichenstrafrechts befasst sind – ein aufwendiges gerichtliches Vorgehen, sondern erledigen entsprechende Verfahren lieber nach den §§ 153 ff. StPO. Selbst wenn es zu einer Verhandlung kam, wurden viele Verfahren vom Gericht eingestellt. Im Gegensatz dazu führen die großen Schwerpunktstaatsanwaltschaften für Wirtschaftskriminalität regelmäßig Strafverfahren durch, vorwiegend im

Wege des Strafbefehlsantrags. Hier lag folglich auch die Zahl der Verurteilungen deutlich höher und war meist mit der Anklagerate vergleichbar.

Bei einer Betrachtung der Verurteilungen im Verhältnis zum jeweiligen Fallaufkommen der einzelnen Behörde ergibt sich eine stark schwankende durchschnittliche Verurteilungsquote. Bspw. sollen ca. 70% aller Markenstrafverfahren einer großen Behörde eines Bundeslands zu Verurteilungen bzw. zur Rechtskraft des Strafbefehls geführt haben. Die zweite dort ansässige Schwerpunktstaatsanwaltschaft hatte dagegen nur eine Quote von 12% (in 2001), 22% (in 2002) und 6% (im 1. HJ 2003) zu verzeichnen. Des Weiteren betrug die Verurteilungsquote in Verfahren nach den §§ 143 ff. MarkenG in einem der fünf neuen Bundesländer ca. 12% (von 174 Verfahren in 2001), 32% (von 86 Verfahren in 2002) und 8% (von 35 Verfahren im 1. Halbjahr 2003) im Erhebungszeitraum. Im Detail wurden in diesem Bundesland im Jahre 2001 genau 19 Strafbefehle erwirkt und zwei Anklagen zum AG – mit anschließender Verurteilung – erhoben. Im Jahre 2002 erfolgten sechs Anklagen und 22 Strafbefehlsverfahren und im 1. Halbjahr 2003 gab es drei Strafbefehlsanträge und keine Anklagen.

Bei der Betrachtung der absoluten Fallzahlen, nämlich der im Jahr 2001 durchgeführten 462 Verfahren der 31 Behörden mit Angaben zur Zahl der Ermittlungsverfahren und zur Durchführung von gerichtlichen Verfahren ergibt sich eine Verurteilungsrate (inkl. Strafbefehle) von ca. 18%. Für das Jahr 2002 ergibt sich bei insgesamt 326 Verfahren eine Quote von ca. 28% und für das erste Halbjahr 2003 von ca. 16 % bei 185 Fällen.

(2) Frage 6b) – Art der Strafe

Für die zweite Teilfrage nach der im Falle der Verurteilung angewandten Strafart ergab die Auswertung, dass in der ganz überwiegenden Mehrzahl der Fälle Geldstrafen verhängt wurden, wobei diese häufig im Strafbefehlsverfahren erlassen wurden. Nur zwei Behörden berichteten überhaupt von Freiheitsstrafen. Dabei wurde einmal Freiheitsstrafe von vier Monaten angeordnet, die Höhe der weiteren Strafe ist nicht bekannt. Diese Zahlen gehen einher mit der üblichen Sanktionspraxis bei den wirtschaftsstrafrechtlichen Nebengesetzen, für der erste Periodische Sicherheitsbericht einen Geldstrafenanteil von 80 bis 90% angibt.¹²²⁷ Auch die Strafverfolgungsstatistik weist für die markenstrafrechtlichen Regelungen nur einen Freiheitsstrafenanteil von 7,4% – insgesamt nur 13 Fälle in 2001 aus. Im Jahr 2002 wurde sogar nur eine Freiheitsstrafe (von 143 Verurteilungen = 0,7%) verhängt.¹²²⁸ Zu bemerken ist noch, dass es ganz vereinzelt zu einer Verwarnung mit Strafvorbehalt kam. Die Anwendung dieser Maßnahme scheint je-

¹²²⁷ PSB 2001, 2.4.6.3. (S. 155).

¹²²⁸ Vgl. oben C. I.

doch mehr von den persönlichen Präferenzen des jeweiligen Staatsanwalts abzuhängen.

(3) Frage 6c) – Strafhöhe

Zur dritten Unterfrage nach der Höhe der Strafen konnten leider nur 16 Behörden detailliert Stellung nehmen, so dass der Auswertung an dieser Stelle nur geringe Aussagekraft zukommt. Gemäß den Angaben der Staatsanwälte lag die Untergrenze der Geldstrafe zwischen 10 und 40 Tagessätzen, die Obergrenze schwankte stark zwischen 30 und 180 Tagessätzen. Von zwei Behörden wurden auch Strafhöhen von bis zum Maximalsatz von 360 Tagessätzen angegeben. Mehrheitlich betrug der Strafraum jedoch in etwa 20 bis 120 Tagessätze. Aus diesen Zahlen ergibt sich zumindest keine erkennbare Abweichung zu den Angaben der oben unter C. I. dargestellten Strafverfolgungsstatistik für das Jahr 2001, wonach bei einer Verurteilung zu Geldstrafe wegen Kennzeichenverletzung die Strafhöhe überwiegend (51,8%) zwischen 31 und 90 Tagessätzen lag. Weitere 31,5% der Strafen lagen im Bereich von 16 bis 30 Tagessätzen und nur in 12,3 % der Verurteilungen kamen höhere Strafen als 90 Tagessätze vor.

(4) Zusammenfassung

Insgesamt bestätigt sich somit – zumindest in der Gesamtschau mit den Daten der Strafverfolgungsstatistik – die Vermutung, dass sowohl die Anklagerate als auch die Zahl der Verurteilungen in Kennzeichenstrafverfahren geringer als in sonstigen Wirtschaftsstrafsachen ausfällt. Sofern eine Verurteilung überhaupt erfolgt, wird noch häufiger als bei anderen Wirtschaftsdelikten eine Geldstrafe ausgesprochen. Nur ganz selten kommt es zur Verhängung einer Freiheitsstrafe. Aber auch im Fall der Geldstrafe wird das zur Verfügung stehende Strafmaß nicht annähernd ausgeschöpft. Die Höhe der Geldbußen scheint selbst in schwereren Fällen mit hohem Schaden vergleichsweise gering zu sein. Mit diesen Beträgen werden jedoch allenfalls Privatleute getroffen, die bspw. im Ausland erworbene gefälschte Markenware vereinzelt über Auktionsplattformen absetzen. Jedoch sind diese Summen nicht geeignet, gewerbsmäßig handelnde Produktpiraten von der Begehung von Kennzeichenverletzungen abzuschrecken. Vielmehr kann die zu erwartende Strafe von den Hintermännern der Tat einkalkuliert werden, mindert damit nur den durch die Verletzungshandlung entstehenden Gewinn und schreckt nicht vor der Begehung der Tat ab.

g) Frage 7 – Versuch der Tat

Diese Frage konnte von den meisten Behörden – trotz fehlender selbstständiger Erfassung in den Statistiken – eindeutig beantwortet werden. Danach waren 34 Staatsanwaltschaften, bei denen Fälle von Markenverletzungen bearbeitet wur-

den, keine Verfahren wegen des Versuchs des § 143 MarkenG bekannt. Dies gilt auch für die größeren Schwerpunktstaatsanwaltschaften für Wirtschaftsstrafrecht mit relativ hohen Fallzahlen. Diese Zahlen werden bestätigt durch die polizeiliche Kriminalstatistik 2002 des Landes Baden-Württemberg, die bei 555 erfassten Fällen im Bereich der Verletzung des geistigen Eigentums im weitesten Sinne nur 12 Fälle des Versuchs aufführt.¹²²⁹ Auch in der bundesweiten Kriminalstatistik aus dem Jahre 2002 beträgt der Anteil der Versuche nur 1,6% der bekannt gewordenen Verstößen gegen Urheberrechtsbestimmungen etc.¹²³⁰ Schließlich lässt sich der oben C. I. dargestellten Strafverfolgungsstatistik entnehmen, dass von den insgesamt 254 Gerichtsverfahren in 2001 nach dem MarkenG kein einziges Verfahren wegen des Versuchs der Tat durchgeführt wurde.

Diese Erkenntnisse bestätigen die Vermutung, dass die praktische Relevanz des Versuchs der Kennzeichenverletzung nach der Neufassung mitsamt der Einbeziehung zahlreicher Vorbereitungshandlungen weitgehend entfallen ist.¹²³¹ Der Anwendungsbereich der Versuchsstrafbarkeit beschränkt sich ganz offensichtlich nur noch auf wenige Konstellationen, wobei dann aber wohl das Unrecht als so gering angesehen wird, dass es erst gar nicht zu Ermittlungs- bzw. erst recht nicht zu Gerichtsverfahren kommt.¹²³²

h) Frage 8 – Verletzung bekannter Marken

Ebenso wie die Erhebung zur Häufigkeit des Versuchs der Kennzeichenverletzung wurde auch diese Frage von allen Behörden einstimmig damit beantwortet, dass Fälle von Verurteilungen wegen der Verletzung bekannter Marken außerhalb des Warenähnlichkeitsbereichs nicht zu verzeichnen waren. Insgesamt gaben 31 Staatsanwälte dieses Votum ab. Die Befragten teilten lediglich mit, dass natürlich oftmals Marken bekannter Firmen nachgeahmt wurden. Jedoch bestünde in diesen Fällen stets Warenidentität oder zumindest –ähnlichkeit, so dass immer die tatbestandlich einfacheren Vorschriften des § 143 Abs. 1 Nr. 1, 1. oder 2. Alt und nicht die komplexere Alternative des § 143 Abs. 1 Nr. 2 angewandt werden könnten. Zudem könnte damit auch die schon im Zivilrecht problematische Anwendung des Tatbestands innerhalb des Warenähnlichkeitsbereichs sowie der bei dieser Alternative weiter zu führende Nachweis der absichtlichen Handlungsweise vermieden werden.

¹²²⁹ Polizeiliche Kriminalstatistik 2002 des LKA Baden-Württemberg, S. 154, Schlüsselnummer 7150 – Straftaten gegen UrhG, MarkenG, § 17 UWG, GebrauchsmusterG, GeschMG, KuG und PatentG.

¹²³⁰ Polizeiliche Kriminalstatistik 2002 der Bundesrepublik Deutschland, S. 198.

¹²³¹ Hacker, MarkenG, § 143 RN 23; Cremer, Die Bekämpfung der Produktpiraterie in der Praxis, Mitt. 1992, 153 (160).

¹²³² Zum verbleibenden Anwendungsbereich des Versuchs vgl. 3. Kapitel 1. Teil B. III.

Im Ergebnis werden Strafverfahren aufgrund der Verletzung bekannter Marken außerhalb des Warenähnlichkeitsbereichs anscheinend nicht oder nur in ganz geringem Maß geführt. Zwar ist auch hier zu berücksichtigen, dass diese Tatbestandsalternativen statistisch nicht separat verzeichnet werden und daher keine Vergleichsdaten herangezogen werden können. Gleichwohl wird aber hinreichend deutlich, dass man diese Fälle bislang der zivilrechtlichen Verfolgung durch die Rechteinhaber überlässt. Die Staatsanwaltschaften befassen sich ersichtlich ungern mit den damit einhergehenden komplexen zivilrechtlichen Fragestellungen.

i) Frage 9 – Anwendung von Nebenstrafen und sonstiger Maßnahmen

Mit dieser Frage sollte die Anwendung der im Fall der Verurteilung aufgrund einer Kennzeichenverletzung möglichen Nebenstrafen und weiteren Maßnahmen ermittelt werden. Sie konnte von 31 Behörden beantwortet werden.

Danach ist – wenig überraschend – die für das Markenstrafrecht einzige relevante Nebenstrafe die Einziehung. Insgesamt 18 Staatsanwaltschaften (58%) gaben an, dass Einziehungsverfahren durchgeführt wurden. In fast der Hälfte dieser Fälle wurde jedoch oftmals nur eine sog. formlose Einziehung vorgenommen, indem nämlich der Beschuldigte auf die Rückgabe der rechtswidrig gekennzeichneten Waren verzichtete. Eine große Schwerpunktstaatsanwaltschaft für Wirtschaftskriminalität verfuhr in allen insgesamt 150 Verfahren dementsprechend. Nach Ansicht der Staatsanwälte bereitet diese Vorgehensweise viel weniger Aufwand als ein aufwändiges gerichtliches Einziehungsverfahren. Als „Entgegenkommen“ wurden die Ermittlungen dann häufig nach §§ 153, 153a StPO eingestellt. Vereinzelt erstreckte sich der Verzicht auf die Rückgabe auch auf Tatmittel. So wurde bspw. von der formlosen Einziehung eines Computers berichtet, der bei dem Verkauf von gefälschten Waren über die Auktionsplattform „ebay“ verwendet wurde. Ansonsten ist von einer Einziehung von weiteren Tatmitteln nichts bekannt. Dies kann damit begründet werden, dass sich der Herstellungsort der schutzrechtsverletzenden Waren fast immer im Ausland befindet.

Im Gegensatz zu dieser Praxis spielte bei 13 (43%) Behörden das Einziehungsverfahren keine Rolle. Dies betraf zwar überwiegend die Staatsanwaltschaften, die keine Gerichtsverfahren durchführten – und die Frage anscheinend auch nur auf die gerichtliche – formelle – Einziehung bezogen – oder bei denen nur eine ganz geringe Anzahl von Verfahren geführt wurde. Aber selbst bei einer Staatsanwaltschaft mit 70 Fällen von Markenverletzungen innerhalb des Erfassungszeitraums wurden keine Einziehungen durchgeführt.

In der Zusammenschau mit den Daten der Strafverfolgungsstatistik 2001 – die 68 Fälle (39% aller 175 Verurteilungen) des Verfalls oder der Einziehung verzeich-

net¹²³³ – wird deutlich, dass die Einziehung ein probates und in der Praxis in sich eignenden Fällen auch durchaus angewandtes Mittel zum „Aus-dem-Verkehr-ziehen“ der rechtswidrig gekennzeichneten Waren ist. Sofern möglich, wird in kleineren Fällen, in denen ohnehin fast immer eine Opportunitätseinstellung erfolgt, mit den Tätern der Verzicht auf die Rückgabe der Waren vereinbart. Der Aufwand der Staatsanwaltschaften bei der Verfolgung von Markenverletzungen wird dadurch verringert, ohne dass dies zu Nachteilen für die Opfer oder die Allgemeinheit führt.

Von den weiteren Nebenstrafen wurde nur in einem einzigen Fall von der in § 143 Abs. 6 vorgesehenen Möglichkeit der Veröffentlichung des Urteils Gebrauch gemacht.¹²³⁴ Diese Maßnahme wird ganz offensichtlich als nicht geeignet bei der Bekämpfung von Markenverletzungen gesehen. Darüber hinaus kamen weitere Maßnahmen nicht zur Anwendung.¹²³⁵ Offenbar sind die damit verbundenen Verfahren zu aufwendig und stehen in keinem Verhältnis zu den ohnehin geringen Strafen.

j) Frage 10 – Anwendungsprobleme

Mit dieser Frage sollten mögliche Schwierigkeiten rechtlicher oder tatsächlicher Art bei der Anwendung der markenrechtlichen Straftatbestände abgefragt werden. Da aus den Vorgesprächen mit einigen Staatsanwälten bereits einige typische Schwierigkeiten bekannt waren, wurden bei dieser Frage zunächst vier Antwortmöglichkeiten vorgegeben. So konnten die Teilnehmer wählen zwischen der mangelnden Akzeptanz der Vorschriften¹²³⁶, der zu unpräzisen Formulierung der Tatbestände unter Bezugnahme auf die zivilrechtlichen Normen, dem Fehlen einer klaren Trennung zwischen den verschiedenen Arten von Markenverletzungen oder aber rechtlichen oder tatsächlichen Problemen im Ermittlungsverfahren.¹²³⁷ Darüber hinaus wurde Freiraum für Probleme sonstiger Art bzw. die Abgabe eines Kommentars gelassen. Auch Mehrfachnennungen waren möglich, zumal sich die Problemfelder ohnehin teilweise überschneiden.

Zu dieser Frage nahmen 30 Behörden Stellung, den restlichen 19 Staatsanwaltschaften war es aufgrund des nicht vorhandenen oder aber zu geringen Aufkom-

¹²³³ Strafverfolgungsstatistik 2001, Tabelle 5.

¹²³⁴ Diese Nebenstrafe wird auch nicht in der Strafverfolgungsstatistik erfasst, so dass insoweit kein Vergleich vorgenommen werden kann.

¹²³⁵ Auch die Strafverfolgungsstatistik verzeichnet als weitere Maßnahme nur einen Fall der Verhängung eines Fahrverbots, vgl. oben C.1.

¹²³⁶ Aufgrund der im Vergleich zum Zivilrecht geringen Bedeutung, der Verhängung nur geringer Strafen durch die Gerichte, etc.

¹²³⁷ Z.B. aufgrund Nachweisproblemen oder dem Fehlen von Ermittlungsressourcen.

mens markenrechtlicher Fälle nicht möglich, sich sinnvoll zu äußern. Mehr als die Hälfte, nämlich insgesamt 17 (56%) Bearbeiter berichteten dabei von Schwierigkeiten im Ermittlungsverfahren. So fehlte einigen Behörden aufgrund der sehr geringen Anzahl der Verfahren die notwendige Routine bei der Auslegung der verschachtelten Tatbestände. Dies gelte vor allem auch für die Polizeibeamten, die oft noch weniger Erfahrung im Markenstrafrecht besäßen. Weiterhin bereitete in einigen Fällen der Nachweis des Handelns im „geschäftlichen Verkehr“ Probleme, da sich viele Beschuldigte auf eine reine Privatnutzung der gefälschten Waren beriefen. Vereinzelt war auch die Feststellung des vorsätzlichen Handelns nicht möglich.

Überwiegend konnten jedoch die tatbestandlichen Voraussetzungen der Kennzeichenverletzung ohne größeren Aufwand festgestellt werden. Dies liegt natürlich auch in der Tatsache begründet, dass Gegenstand der Ermittlungen vor allem eindeutige Fälle von Markenverletzungen waren. Von einer Behörde wurde an dieser Stelle noch die ungünstige Beweislastregelung angesprochen, die – zusammen mit den komplexen Strafverfahrensregeln – einen Gang vor die Gerichte unzweckmäßig erscheinen lasse.

Darüber hinaus wurden als vorrangige tatsächliche Probleme die fehlenden personellen Ressourcen sowohl bei den Ermittlungsbehörden als auch bei der Polizei genannt. Letztere müsste vor allem in den Fällen der vermuteten Gewerbsmäßigkeit umfangreich ermitteln und insbesondere alle Kunden vernehmen. Dieser hohe Ermittlungsaufwand stehe in keinem Verhältnis zu den anschließend zumeist verhängten niedrigen Strafen.

Zweithäufigste Antwort war die mangelnde Akzeptanz der Strafvorschriften des Markenrechts, wovon 13 Behörden (43%) ausgehen. Es handele sich bei Kennzeichenverletzungen meist um Bagatelldelikte, um Randerscheinungen der Kriminalität. In diesem Zusammenhang wurde häufig mitgeteilt, dass man – soweit möglich – gerne auf „griffigere“ oder „bekanntere“ Vorschriften wie bspw. den Betrugstatbestand zurückgreift und auf die Strafverfolgung der Kennzeichenverletzung nach den §§ 154, 154a StPO verzichtet.

Ebenfalls 13 Staatsanwaltschaften waren der Ansicht, dass das Fehlen einer klaren Trennung der verschiedenen Arten von Markenverletzungen ein Grund für die geringe Anwendung und Effektivität der Tatbestände in der Praxis ist. Ein Staatsanwalt teilte dem Unterzeichner fernmündlich mit, dass „derart breite Tatbestände nichts bringen“. Hier scheint sich auch für das Markenstrafrecht die von Berckhauer in seiner Aktenanalyse allgemein für das Wirtschaftsstrafrecht festgestellte Tatsache zu bestätigen, dass das Vorliegen von konkretisierungsbedürftigen Tatbestandsmerkmalen zu niedrigeren Anklage-, Verurteilungs- und Sanktionsquoten führt.¹²³⁸

¹²³⁸ Berckhauer, Die Strafverfolgung bei schweren Wirtschaftsdelikten, S. 205, vgl. oben C. III.

Mit diesem Problem korrespondiert die mögliche unpräzise Formulierung der Tatbestände unter Verweis auf die zivilrechtlichen Normen, die von neun Staatsanwaltschaften (30%) beklagt wurde. Durch den Verweis auf die verschiedenen Alternativen der §§ 14, 15 im Straftatbestand des § 143 werde die Handhabung zu kompliziert und verhindere eine schnelle und effektive Bearbeitung der Verfahren. Ein Staatsanwalt teilte mit, dass aufgrund dieser Verweisungstechnik die Vorschriften schon vom Wortlaut her sehr schwer verständlich sind.

Bei den sonstigen Antworten herrschte meist wiederum die Ansicht vor, dass die Kennzeichenstrafvorschriften nur Randerscheinungen bei der Verfolgung der Wirtschaftskriminalität darstellen. Dies äußere sich auch durch die Möglichkeit der Verweisung auf den Privatklageweg. Markenverstöße sollten vornehmlich auf dem Zivilrechtsweg sanktioniert werden, den Inhabern von Kennzeichen stünde dafür ein ausreichendes Instrumentarium zur Verfügung. Ganz vereinzelt wurde zudem die Befürchtung geäußert, dass man von den Rechteinhabern als günstige Ermittlungsbehörden benutzt werden könnte. Dazu würden aber die Ressourcen nicht ausreichen.

Insgesamt überwiegt keines der angesprochenen Problemfelder die anderen deutlich. So lassen sich die Probleme bei der Anwendung der Strafvorschriften des Markenrechts als eine Kombination von unpräzisen Tatbeständen beschreiben, die im Vergleich zu dem meist vorliegenden Typus von Zeichenverletzungen zu weit gefasst sind und keine schnelle Subsumtion ermöglichen. Verbunden mit der hohen Arbeitsbelastung der Ermittlungsbeamten und einer mangelnden Akzeptanz der Vorschriften – begründet vor allem in dem Hintergedanken, dass eine zivilrechtliche Sanktionierung dieser Randerscheinung in der Kriminalität oftmals ausreichend ist – führt dies zu häufigen Opportunitätseinstellung bzw. zu niedrigen Strafen. Jedoch ist an dieser Stelle zu erwähnen, dass diese Gedanken nicht auf das Markenstrafrecht beschränkt sind, sondern sicherlich für zahlreiche „seltener“ Delikte des Nebenstrafrechts gelten.

k) Frage 11 - Verbesserungsmöglichkeiten

Gleich im Anschluss an die Frage nach den Problemen bei der praktischen Anwendung konnten die Staatsanwälte Vorschläge zu Verbesserungsmöglichkeiten anbringen, um nämlich Markenverletzungen in Zukunft effektiver bekämpfen zu können. Zur Erhöhung der Antwortrate und zur Kanalisierung der Rückäußerungen wurden auch bei dieser Frage insgesamt zehn häufig diskutierte Verbesserungsmöglichkeiten vorgegeben, wobei auch hier mehrere Antworten abgegeben werden konnten. Insgesamt konnten zu dieser Frage 27 Behörden ein Statement abgeben, den restlichen 22 Staatsanwaltschaften war dies aus den bereits mehrfach erwähnten Auswertungsschwierigkeiten oder mangels einschlägiger Fälle nicht möglich.

Mit Abstand an erster Stelle, nämlich von 19 Staatsanwälten (70%), wird die „Bereinigung des § 143 MarkenG auf die praktisch wichtigsten Tatbestandsalternativen zur Schaffung klarer tatbestandlicher Voraussetzungen“ als Möglichkeit zur effektiveren Bekämpfung von Markenverletzungen genannt. Dies korrespondiert mit dem Problem der aufgrund der Verweisungen auf die zivilrechtlichen Verletzungstatbestände mit ihren vielen Alternativen als zu unübersichtlich empfundenen Vorschriften. Bei den gemäß den Antworten zu Frage 10 häufig als Randscheinung der Kriminalität empfundenen Kennzeichenverletzungen sollte nach Ansicht der Staatsanwälte wohl weniger die Erfassung aller Arten von vorsätzlichen Kennzeichenverletzungen, als vielmehr die einfache und schnelle Bearbeitung „klarer“ Fälle von Nachahmungen im Vordergrund stehen. Angesichts der knappen Ressourcen und der meist geringen Fallzahlen kann eine gründliche Beschäftigung mit allen Facetten von Markenverletzungen nicht erwartet werden.

An zweiter Stelle steht mit zehn Nennungen (37%) die Forderung nach der „Intensivierung der Zusammenarbeit der Ermittlungsbehörden“. Die Schaffung besserer Ermittlungsbedingungen kann nach Auffassung der Behörden vorzugsweise mit der Schaffung gemeinsamer Datenbanken etc. erzielt werden und erleichtert die Verfolgung von Schutzrechtsverletzungen erheblich.

Recht überraschend wird an dritter Stelle die „Schaffung eines einheitlichen europäischen Strafrechts“ im gewerblichen Rechtsschutz angeführt. Insgesamt neun Staatsanwälte (33%) hielten dies für notwendig, um gegen das grenzüberschreitende Phänomen der Produkt- und Markenpiraterie vorzugehen.

Die in der rechtlichen Diskussion in der Vergangenheit häufig geforderte „Schaffung eines speziellen Produktpiraterietatbestands“ wird dagegen nur von sechs Staatsanwälten (22%) für sinnvoll gehalten. Umgekehrt meinten ebenso viele, dass die „Beibehaltung des materiellen Rechts zugunsten größerer Flexibilität“ in der Rechtsanwendung, verbunden mit einer besseren Schulung der beteiligten Ermittlungsorgane, ausreicht. Anscheinend besteht trotz der oben unter j) bei Frage 10 aufgezeigten Probleme mit den unpräzisen Tatbestandsfassungen keine Einigkeit hinsichtlich der bestmöglichen Formulierung der Tatbestände, wenngleich eine Bereinigung des Tatbestands überwiegend für notwendig gehalten wird.

An sechster Stelle steht der Wunsch nach dem „verstärkten Einsatz von Ermittlungsmaßnahmen“ wie die Durchsuchung oder Beschlagnahme, der von fünf Behörden (19%) für sinnvoll gehalten wird.

Gemeinsam an siebter Position stehen die „Eingliederung der Straftatbestände in das Kernstrafrecht“ sowie die „Forderung nach der Ausweitung der Strafbarkeit auf Fälle der groben Fahrlässigkeit“, welche nur von jeweils drei Staatsanwälten (11%) angegeben wurden. Da die Ermittlung des Vorsatzes im Falle offenkundiger Markenverletzungen anscheinend nur in Einzelfällen Probleme bereitet, wird die zusätzliche Einführung der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit wohl als nicht opportun empfunden.

Als nächstes folgt die Möglichkeit der „Strafverfolgung auch juristischer Personen“ mit zwei Nennungen (=7%). Darin wird offenbar kein probates Mittel gesehen, um gerade Verletzungen gewerblicher Schutzrechte zu begegnen. Dies geht einher mit der Tatsache, dass im deutschen Rechtssystem trotz einzelner Ausnahmen nach wie vor die persönliche Zurechnung einer strafbaren Handlung im Vordergrund steht.

Am wenigsten, nämlich von keiner der befragten Staatsanwaltschaften, wurde die „Verstärkte Anwendung zusätzlicher Maßnahmen“ – vormals geplant bspw. von der EU im Rahmen des Entwurfs der Richtlinie über die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte des geistigen Eigentums¹²³⁹ – gewünscht. Die Ausweitung dieser Maßnahmen wird anscheinend von keinem der Befragten als besonders geeignet zur effektiveren Bekämpfung von Markenverletzungen angesehen. Dies deckt sich mit der oben unter h) zu Frage 9 sowie durch die Strafverfolgungsstatistik nachgewiesenen – und mit Ausnahme des Verfalls und der Einziehung – äußerst seltenen Anwendung der bestehenden Maßnahmen in der Praxis. Anscheinend wird der mit diesen Maßnahmen verbundene zusätzliche Aufwand kritisch beäugt.

Schließlich sollen der Vollständigkeit halber die sonstigen Anmerkungen einzelner Staatsanwälte cursorisch aufgezählt werden. Ein Vorschlag bezog sich auf die Notwendigkeit der Privatisierung der Rechtsverfolgung. Dies sei unvermeidbar, da beim Staat keine Mittel zur Verfolgung stünden. Die Interessen der Markeninhaber könnten effektiver durch den Erlass einstweiliger Verfügungen sowie den Erlass von „Ordnungsstrafen“ – wohl im Sinne von Zwangsgeldern – gewahrt werden. Ein weiterer Teilnehmer schlug die Schaffung einer zentralen Stelle als Ansprechpartner für Fragen der Markenrechtsinhaber vor. Dies ist vergleichbar mit dem von der EU begonnenen MUSYC Projekt, einer Datenbank gewerblicher Schutzrechte, die den Austausch von Informationen zwischen den Schutzrechtsinhabern und den Verfolgungs- und Ermittlungsbehörden ermöglichen soll.¹²⁴⁰ In diese Richtung ging auch die weitere Anmerkung, dass die effektive Verfolgung von Markenverletzungen nur in Zusammenarbeit mit den verschiedenen privaten Organisationen möglich ist. Schließlich wurde mehrfach die Erhöhung der personellen und finanziellen staatsanwaltschaftlichen Ressourcen gefordert. Nur so könne der Verweis auf den Privatklageweg wegen des fehlenden Strafverfolgungsinteresses oder die schnelle Einstellung des Verfahrens nach den Opportunitätsregeln vermieden werden.

¹²³⁹ Vgl. 6. Kapitel B. IV.

¹²⁴⁰ Vgl. 6. Kapitel B. V. 5., die Arbeiten an diesem Projekt wurden jedoch vorläufig eingestellt, ein Wiederaufnahmedatum ist derzeit nicht ersichtlich.

E. Zusammenfassung und Bewertung

Bei zusammenfassender Betrachtung der ausgewerteten Statistiken sowie der eigenen Befragung zeigt sich, dass die Bedeutung der markenstrafrechtlichen Vorschriften in den letzten zehn Jahren nachweisbar zugenommen hat. Denn bereits nach hier vorliegenden Antworten auf die eigene Umfrage bearbeitete weniger als die Hälfte der insgesamt befragten Staatsanwaltschaften bereits jährlich zwischen ca. 430 und 590 Fälle von Kennzeichenverletzungen innerhalb des Befragungszeitraums. Dies geht einher mit den 1.459 Tatverdächtigen im Jahresbericht für Wirtschaftskriminalität 2001 des BKA. Im Vergleich zu den im ersten Produktpirateriebericht angegebenen 300 bis 400 markenrechtlichen Verfahren zwischen 1990 und 1993 bedeutet dies eine erhebliche Steigerung der Ermittlungstätigkeit. Auch bei der Betrachtung der durchgeführten Gerichtsverfahren zeigt sich, dass Aburteilungen wegen Markenverletzungen zwar nicht zum Tagesgeschäft gehören, solche Verfahren aber keineswegs nur in völlig vernachlässigbarer Zahl vorliegen. Dies wird belegt durch die 254 bzw. 201 gerichtlichen Verfahren in den Jahren 2001 und 2002 nach der – zudem nur die alten Bundesländer erfassenden – Strafverfolgungsstatistik. Damit liegt die Häufigkeit markenrechtlicher Verurteilungen etwas über der von Straftaten wie Missbrauch von Titeln oder Berufsbezeichnungen, § 132a StGB (186 Fälle in 2001), oder der Verletzung des Postgeheimnisses nach § 206 BGB (205 Fälle). Aber auch bekanntere Delikte wie gewerbsmäßige Hehlerei nach § 260 Abs. 1 Nr. 1 BGB (275 Fälle) bewegen sich zahlenmäßig in diesem Bereich. Im Vergleich zu den nahezu nicht vorhandenen Verurteilungen aufgrund anderer Schutzrechtsverletzungen – mit Ausnahme des Urheberrechts – sind markenrechtliche Strafverfahren somit nicht ganz so unbedeutend wie von der Literatur teilweise angenommen. Richtig ist aber auch, dass die Zahl der Verurteilungen angesichts der Vielzahl von auf dem Markt befindlichen Fälschungen und den daraus resultierenden Schäden und Gefahren gering ausfällt.

Im Konkreten sind kennzeichenrechtliche Strafverfahren meist geprägt von offenkundigen Schutzrechtsverletzungen, bei denen allenfalls die behauptete Privatnutzung oder der Vorsatznachweis problematisch ist. Diese Verfahren können zügig bearbeitet werden und werden häufig wegen Geringfügigkeit oder gegen Auflagen in durchschnittlicher Höhe zwischen EUR 100 und 2.000 eingestellt. Bei größerem Ausmaß der Schutzrechtsverletzung oder Wiederholungstätern wird vor dem zuständigen Amtsgericht angeklagt, wobei sehr häufig das Strafbefehlsverfahren zur Anwendung kommt.

Der zweite Typus von Fällen ist die möglichst enge Anlehnung an Kennzeichnungen von Konkurrenten auf einem gemeinsamen Markt. Eine strafrechtliche Verfolgung ist in diesen Fällen selten, zumal die Beurteilung von Tatbestandsmerkmalen wie die Verwechslungsgefahr oder der Ausnutzung bekannter Marken

aufgrund der ausufernden zivilrechtlichen – und nunmehr auch europarechtlich bestimmten – Kasuistik nicht immer zweifelsfrei möglich ist. Die Staatsanwaltschaften fühlen sich in diesem Bereich oft als Ermittlungsbehörden für die parallel laufenden Zivilverfahren „missbraucht“, für komplexere Ermittlungsverfahren fehlen ihnen die Ressourcen. Dies führt dazu, dass solche durch Strafanzeige eingeleitete Verfahren zumeist zügig nach den Opportunitätsregeln oder durch Verweis auf die Privatklage eingestellt werden.

Bei näherer Betrachtung der Erledigungspraxis wurden über den gesamten Ermittlungszeitraum der eigenen Erhebung insgesamt ca. 60% aller Verfahren eingestellt. Diese Quote ist niedriger als in den Produktpiraterieberichten und auch geringer als die Einstellungsrate von 71% bei den wirtschaftsstrafrechtlichen Nebengesetzen insgesamt. Die Richtigkeit der Angaben der befragten Staatsanwälte vorausgesetzt lässt sich der Schluss ziehen, dass die Komplexität markenrechtlicher Verfahren geringer und der Tatnachweis einfacher ist als im sonstigen Wirtschaftsstrafrecht. Möglicherweise kommt hinzu, dass auch vor allem eindeutige Fälle von Zeichenverletzungen zum Gegenstand von Ermittlungsverfahren gemacht werden. Gestützt wird diese Überlegung auch durch die etwas niedrigere Quote an Einstellungen mangels Tatverdacht. Schließlich besteht in den einschlägigen Fällen nicht das oft im Wirtschaftsstrafrecht bestehende Problem, dass nämlich ein Sachverhalt nicht unter eine bestimmte Strafvorschrift subsumiert werden kann. Ansonsten weichen die Erledigungsstrukturen nicht wesentlich von der sonstigen Praxis der Ermittlungsbehörden ab.

Sofern es im Gerichtsverfahren zu Verurteilungen kam, dominiert eindeutig die Geldstrafe. Ihr Anteil liegt bei deutlich über 90% in den vergangenen Jahren. Diese Quote ist noch höher als im sonstigen Wirtschaftsstrafrecht, in dem ein Geldstrafenanteil von 80 bis 90% zugrunde gelegt wird. Die Höhe der Geldstrafen beträgt – grob geschätzt – zwischen im Minimum EUR 160 und 410 und im Maximum von EUR 920 bis 2.300. Sie resultiert aus der in mehr als 80% der Fälle festgesetzten Anzahl der Tagessätze von 16 bis 90 sowie der überwiegenden Tagessatzhöhe von EUR 10,20 bis 25,60 EUR. Mit diesen Summen können jedoch allenfalls Einzeltäter abgeschreckt werden, die geringe Mengen gefälschter Ware importiert oder hergestellt haben und diese gewinnbringend zu verkaufen versuchen. Soweit jedoch eine Kette von Teilnehmern vorhanden ist, die den Absatz von nachgeahmten Produkten zur „Einkommenserzielung“ betreibt, sind diese Geldstrafen zur Prävention ungeeignet und können schon bei der Kalkulation des zu erwartenden Gewinns eingerechnet werden.

Freiheitsstrafen kommen nur ganz vereinzelt zur Anwendung. Nach der Strafverfolgungsstatistik gab es in den Jahren 2001 und 2002 bei insgesamt 305 Verurteilungen nur 14 Fälle (4,6%) von Freiheitsstrafen. Auch die eigene Umfrage ergab nur zwei Verurteilungen dieser Art. Dagegen betrug die Quote von Freiheitsstrafen im allgemeinen Strafrecht 19% im Jahr 2001 und bei allen wirtschaftsstraf-

rechtlichen Nebengesetzen immerhin noch ca. 10 bis 20%.¹²⁴¹ Das Strafmaß im Fall der Freiheitsstrafe bewegt sich überwiegend im Bereich von sechs bis neun Monaten, vereinzelt auch zwischen neun Monaten und zwei Jahren. Sofern in zwei markenstrafrechtlichen Fällen im fraglichen Zeitraum keine Aussetzung der Strafe erfolgte, betrug diese einmal ein bis zwei Jahre Freiheitsstrafe und in einem zweiten Fall sogar zwei bis drei Jahre, wobei jedoch die näheren Tatumstände und eventuell weitere angeklagte Delikte nicht bekannt sind. Dennoch kann davon ausgegangen werden, dass das verfügbare Strafmaß in der ganz überwiegenden Mehrzahl der – auch schweren – Fälle nicht annähernd ausgeschöpft wird. Eine weitere Erhöhung des Strafrahmens macht im Lichte dieser Erkenntnisse nach diesseitigem Dafürhalten keinen Sinn.

Ferner spielen die Tatbestandsalternativen der Ausnutzung oder Beeinträchtigung bekannter Marken, die Verletzung geographischer Herkunftsangaben oder der Versuch der Tat in der Strafverfolgung von Zeichenverletzungen keine oder nur eine sehr untergeordnete Rolle. Auch sind Verfahren vor der Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts nicht bekannt geworden. Bei den Nebenstrafen kommen nur der Verfall und die Einziehung zu Anwendung, die Bedeutung der öffentlichen Bekanntmachung nach § 143 Abs. 6 oder von sonstigen Maßnahmen ist sehr gering.

Anwendungsprobleme der Staatsanwaltschaften gibt es bei den Strafvorschriften des Markenrechts nur wenige. Es kann festgehalten werden, dass die Existenz und Bedeutung der Straftatbestände des Markenrechts wohl jedem in diesem Bereich tätigen Staatsanwalt bekannt ist und entsprechende Fälle zwar nicht häufig, aber doch immer wieder anhängig sind. Vergleichbares sollte für die Polizeibehörden gelten. Jedoch werden die Tatbestände in ihrem Aufbau teilweise als zu kompliziert empfunden. Daher wird gerne auf „griffigere“ und bekanntere Vorschriften wie die Betrugstatbestände oder die Straftatbestände des Urheberrechts zurückgegriffen, sofern dies möglich ist. Des Weiteren wird vereinzelt von Schwierigkeiten beim Vorsatznachweis oder bei der Widerlegung einer behaupteten Privatnutzung der widerrechtlich gekennzeichneten Waren berichtet. Die sonstigen Probleme erschöpfen sich in dem bei zahlreichen Delikten des Nebenstrafrechts bestehenden Problem mangelnder Anwendungsroutine der Behörden sowie in den fast überall fehlenden personellen Ressourcen. Diese Tatsachen lassen den Verfolgungswillen und die Verfolgungsintensität bei diesen nach wie vor häufig als Randerscheinung der Kriminalität angesehenen Delikte weiter absinken. Damit einher geht eine pragmatische, aber oft auch schematische und schnelle Bearbeitung der Markenverletzungsverfahren.

Als Verbesserungsmöglichkeiten für die praktische Rechtsanwendung der §§ 143 ff. wird von mehr als zwei Dritteln der sich dazu äussernden Rechtsanwender die

¹²⁴¹ Strafverfolgungsstatistik 2001, Tab. 2.3; Erster PSB, Kurzfassung 2.4.6.3 (S. 155).

Bereinigung der Strafnormen auf die praktisch wichtigsten Tatbestandsalternativen zur Schaffung klarer tatbestandlicher Voraussetzungen angesehen. Angesichts des großen Anteils von – rechtlich gleich gelagerten – Fällen offensichtlicher Nachahmung und in Verbindung mit der angespannten Arbeitssituation der Bearbeiter wird wohl weniger die Erfassung aller Arten von vorsätzlichen Kennzeichenverletzungen als Hauptziel der Straftatbestände gesehen, als vielmehr die einfache und schnelle Bearbeitung eindeutiger Verletzungsfälle.

An zweiter Stelle der „Wunschliste“ steht die Intensivierung der Zusammenarbeit der Ermittlungsbehörden mit den Rechteinhabern und dem – durch die effektive Arbeit bei der Grenzbeschlagnahme sehr gelobten – Zoll. Richtigerweise kann nur durch effektiven Informationsaustausch das grenzüberschreitende Phänomen der massenhaften Schutzrechtsverletzungen bekämpft werden. In diesem Zusammenhang wurde auch die Schaffung eines einheitlichen europäischen Strafrechts für sinnvoll gehalten, um dem grenzüberschreitenden Charakter von Markenverletzungen gerecht zu werden.

Für weniger sinnvoll gehalten werden dagegen Maßnahmen wie die Einführung eines besonderen Produktpiraterietatbestands oder der Fahrlässigkeits- oder Unternehmensstrafbarkeit. Mehrheitlich abgelehnt wird schließlich die Aufnahme weiterer Nebenstrafen wie bspw. die von der EU im Rahmen ihres Aktionsprogramms geplante Schließung von Ladenlokalen der Täter oder die Verhängung von Berufsverboten. Ausgehend von der – bis auf die etablierte Einziehung – aktuell geringen Bedeutung der existierenden Nebenstrafen verspricht man sich anscheinend nur weitere Belastungen in der Ermittlungsarbeit, die in keinem Verhältnis zu ihrem Erfolg stehen.

6. Markenstrafrecht im Europäischen und Internationalen Kontext

A. Allgemeines

Der Handel mit Gütern wird zunehmend globaler. Dies bringt auch die Internationalisierung und Globalisierung der Verwendung von Kennzeichen mit sich. Oftmals wird schon aufgrund der Benutzung eines Zeichens im Internet ein internationaler Bezug hergestellt. Gerade für grenzüberschreitend tätige Unternehmen sind starke Marken und Unternehmenskennzeichen aufgrund des mit ihnen verbundenen Goodwills von unschätzbarem Wert, da sie sich nur so von den zahlreichen neuen – auch ausländischen – Konkurrenten abheben können. Insofern besteht ein großes Interesse an der Verteidigung dieser Zeichen über die Landesgrenzen hinaus. Dieser Tatsache muss die Rechtsordnung Rechnung tragen, gerade weil die Verletzter von Schutzrechten natürlich ebenfalls nicht vor den Landesgrenzen Halt machen, sondern die unterschiedliche Regelungsdichte der einzelnen Staaten vielmehr ausnutzen. Es ist typisch für massenhafte Schutzrechtsverletzungen, dass die falsch gekennzeichneten Waren in Staaten mit geringer Verfolgungsintensität – und meist auch geringen Löhnen – produziert werden und diese Waren dann in Hochpreisstaaten mit maximalem Gewinn verkauft werden. Marken wären somit heutzutage fast nicht mehr zu verteidigen, gäbe es nicht länderübergreifende Vorschriften zum Schutz des geistigen Eigentums.

Zwar ist der rechtliche Schutz von Kennzeichen traditionell durch die nationale Rechtsordnung auf das eigene Territorium beschränkt. Im Zuge der im 19. Jahrhundert rasch fortschreitenden Industrialisierung und der wachsenden Bedeutung des geistigen Eigentums wurden aber schon recht früh eine Vielzahl von multilateralen Vertragswerken sowie Supra- und Internationalen Regeln zum Schutz des geistigen und gewerblichen Eigentums und zur Bekämpfung von Verletzungshandlungen geschaffen. Diese Abkommen hatten zunächst den Leitgedanken, dass Angehörige eines Verbandslandes den gleichen Schutz wie Inländer genießen sollen, dass nämlich z.B. Verwaltungsvorgänge in einem Staat unter genau festgelegten Bedingungen in einem anderen Staat Wirkungen zum Schutz der Berechtigten herbeiführen sollten.¹²⁴² Damit wurde eine leichtere Ausdehnung des Schutzes von Marken über die Grenzen des Heimatlandes hinaus möglich. Speziell in Bezug auf die Markenpiraterie wollte man mit diesen Abkommen nicht nur die Herstellung und den Absatz von widerrechtlich gekennzeichneten Waren stoppen, sondern auch vereinheitlichte Sanktionsmöglichkeiten verwirklichen. Die Rechtsgrundlagen zum Internationalen Schutz von Kennzeichen sind über zahlreiche nationale Normen, Regelungen des Europarechts sowie des Völker-

¹²⁴² Bussmann/Pietzcker/Kleine, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, § 22, I.

rechts verstreut. Dabei ist wesentlich, dass bislang weder internationale noch europäische Regelwerke einen supranationalen strafrechtlichen Ansatz enthalten.¹²⁴³ Dies wird üblicherweise pauschal mit einer fehlenden Kompetenz der rechtssetzenden Organe begründet. Für den Bereich der Europäischen Union wird die Ablehnung eines einheitlichen Strafrechts beispielsweise damit erklärt, dass die Römischen Verträge der Gemeinschaft keine kriminalstrafrechtliche Kompetenz verleihen.¹²⁴⁴

Im Folgenden sollen zunächst die in der Europäischen Union geltenden Rechtsvorschriften dargestellt werden, welche naturgemäß den unmittelbarsten Einfluss auf das nationale Recht haben (dazu B.). Im Anschluss daran werden die wichtigsten Internationalen Regelwerke erläutert und deren Besonderheiten im Rahmen des Markenstrafrechts aufgezeigt (dazu C.). Schließlich werden die kennzeichenrechtlichen Strafvorschriften der europäischen Nachbarstaaten betrachtet (dazu D.).

B. Rechtsnormen der Europäischen Union

I. Einführung

Gewerbliche Schutzrechte sind in einem vereinten Europa unabdingbar für die Innovation, die Beschäftigung, den Wettbewerb und das Wirtschaftswachstum im Binnenmarkt.¹²⁴⁵ So führt die Verletzung von Schutzrechten zu Handelsverzerrungen, beeinträchtigt den Wettbewerb und berührt sogar den Verbraucherschutz, bspw. durch minderwertige Produkte. Aus dieser Erkenntnis heraus wurde schon frühzeitig mit den Arbeiten an einem „Europäischen Markenrecht“ begonnen.¹²⁴⁶ Die von der zuständigen Generaldirektion Binnenmarkt der Kommission initiierten Maßnahmen betrafen bislang vor allem die Harmonisierung des materiellen Rechts der Mitgliedsstaaten sowie die Schaffung eines einheitlichen Schutzrechts auf europäischer Ebene, der Gemeinschaftsmarke.¹²⁴⁷ Das europäische Marken-

¹²⁴³ Schmidl, Bekämpfung der Produktpiraterie, 3. Teil A. III. 2. (S. 143).

¹²⁴⁴ So die h. M., vgl. Schmidl, Bekämpfung der Produktpiraterie, 3. Teil B. III.2.a), (S. 161).

¹²⁴⁵ Mit der Vollendung des Binnenmarkts am 1. Januar 1993 als eine der wesentlichsten Grundlage der Europäischen Union wurden die Römischen Verträge erfüllt, welche die Errichtung eines „Gemeinsamen Marktes“ auf der Grundlage des freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs vorsehen.

¹²⁴⁶ Zur Entwicklung des Europäischen Markenrechts: Albert, die Neuordnung des Markenrechts, GRUR Int. 1997, 449 (454).

¹²⁴⁷ Ein weiteres einheitliches Schutzrecht ist nunmehr auch das Gemeinschaftsgeschmacksmuster, vgl. VO (EG) Nr. 6/2002 des Rates vom 12. Dezember 2002.

recht besteht damit im Kern aus der Markenrechtsrichtlinie (dazu II.) und der Gemeinschaftsmarkenverordnung (dazu III.).¹²⁴⁸

Diese schrittweise Harmonisierung der materiellen Rechte der Mitgliedsstaaten bewirkt zunächst, dass sich Markenverletzer nicht mehr die unterschiedlichen Schutzniveaus in den Mitgliedsstaaten zunutze machen können. Sie hatte jedoch bislang keinen großen Einfluss auf die Möglichkeit der Kennzeicheninhaber zur effektiven Durchsetzung der ihnen zustehenden Rechte. Denn die Sanktion von Schutzrechtsverletzungen blieb bislang den Einzelstaaten überlassen, wodurch sich trotz des vergleichbaren Schutzniveaus große Unterschiede in der praktischen Anwendung vor allem der strafrechtlichen Tatbestände ergeben.¹²⁴⁹ Insofern wird von der EU nunmehr der Versuch unternommen, auch die Verfolgung von Verletzungshandlungen zu vereinheitlichen. Dies soll durch die Richtlinie 2004/48/EG vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums erreicht werden (dazu IV.).

Ein weiterer Eckpfeiler der Tätigkeit der Kommission sind zollrechtliche Maßnahmen an den Außengrenzen und gegenüber Drittländern, um nämlich schon im Vorfeld zu verhindern, dass schutzrechtsverletzende Waren auf den Binnenmarkt gelangen. Diese Möglichkeiten – die momentan wohl als das wirksamste Mittel zur Bekämpfung der Produktpiraterie erscheinen –, sind nicht Hauptthema dieser Arbeit, sollen aber zur Ergänzung kurz unter V. - VII. erläutert werden.

II. Harmonisierungsrichtlinie 89/104/EG

Bereits seit 1959¹²⁵⁰ wurde an der Harmonisierung der Markengesetze der Mitgliedsstaaten gearbeitet. Die langjährigen Beratungen in den verschiedenen Organen und Arbeitsgruppen der EU gipfelten mit der Verabschiedung der Markenrechtsrichtlinie¹²⁵¹ am 21. Dezember 1988, die sich auf Art. 100a Abs. 1 EGV, die Kompetenz zur Verwirklichung des Binnenmarkts, stützt.¹²⁵² Die MRRL ist als verbindliches Gemeinschaftsrecht vom deutschen Gesetzgeber zu beachten.¹²⁵³ Mit ihr wurden die markenrechtlichen Grundlagen der nationalen Markengesetze,

¹²⁴⁸ V. Mühlendahl/Ohlgart, die Gemeinschaftsmarke, Einführung, III. 1. (S. 4).

¹²⁴⁹ Vgl. dazu unten D. 1. bis 13.

¹²⁵⁰ Beschluss der Kommission vom 31. Juli 1959 zur Aufnahme der Arbeiten auf dem Gebiet der Vereinheitlichung des gewerblichen Rechtsschutzes, zur weiteren Entwicklungsgeschichte vgl. v. Mühlendahl/Ohlgart, Die Gemeinschaftsmarke, Einführung, III. 1. (S. 4).

¹²⁵¹ Erste Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken 89/104/EG, ABl. L 40 I, vom 11. Februar 1989, S. 1, nachfolgend MRRL.

¹²⁵² Zur MRRL vgl. Meyer, Das deutsche und französische Markenrecht nach der Umsetzung der Ersten Markenrechtsrichtlinie (RL 89/104/EWG), GRUR Int. 1996, 592, II.

¹²⁵³ EuGH vom 12. November 2002, C-206/01, WRP 2002, 1415 (1418) – Arsenal.

aber auch des bereits geplanten Rechts der Gemeinschaftsmarke festgelegt. Nach Umsetzung der Richtlinie – in Deutschland durch Art. 1 des Gesetzes zur Reform des Markenrechts, vgl. oben unter 2. Kapitel E. 3. – genießen eingetragene Marken in allen Mitgliedsstaaten ein einheitliches Schutzniveau.

Die Sanktionierung von Markenverletzungen ist aus dem Regelungsbereich der Richtlinie ausgeklammert. Folglich finden sich auch keine Vorgaben zur Harmonisierung der Strafvorschriften der einzelnen Länder. Jedoch verspricht man sich von der Angleichung des materiellen Rechts zumindest mittelbar eine effektivere Bekämpfung von Markenverletzungen, da sich die Umsetzung der Vorgaben in das nationale Recht auf die Beurteilung der Schutzwürdigkeit und Schutzfähigkeit von Marken in den Mitgliedsstaaten auswirkt.¹²⁵⁴ Die Schaffung eines einheitlichen materiellen Markenrechts innerhalb der Union ist somit als Grundvoraussetzung bei der Beurteilung von Kollisionsfällen – auch im Strafrecht – anzusehen. Gerade in Bezug auf die am 1. Mai 2004 beigetretenen zehn neuen Mitgliedsstaaten sollte dieser Effekt nicht unterschätzt werden.

III. Gemeinschaftsmarkenverordnung

Das internationale Markenrecht ist durch den Grundsatz der Territorialität gekennzeichnet. Da die Rechtswirkungen einer Marke somit zunächst auf das Gebiet des jeweiligen Landes beschränkt sind, wurde trotz der Harmonisierung der nationalen Kennzeichengesetze durch die MRRL der einheitliche Handel mit Markengütern behindert.¹²⁵⁵ Die Europäische Union wollte daher im Rahmen der Verwirklichung des Binnenmarkts ein über die nationalen Grenzen hinausgehendes Markenrecht schaffen, welches einem einheitlichen, unmittelbar in allen Mitgliedsstaaten geltenden Gemeinschaftsrecht unterliegt. Auf Vorschlag der Kommission und nach Stellungnahme des Parlaments hat der Rat der Europäischen Union die Verordnung (EG) Nr. 40/94¹²⁵⁶ über die Gemeinschaftsmarke als erstes gemeinsames gewerbliches Schutzrecht geschaffen. Die Gemeinschaftsmarkenverordnung trat am 15. März 1994 in Kraft, Art. 143 Abs. 1 GMV.

Mit der Gemeinschaftsmarke soll vor allem gemeinschaftsweit tätigen Unternehmen ein Instrument an die Hand gegeben werden, das einen grenzüberschreitenden und einheitlichen Kennzeichenschutz gewährt und neben nationale Markenrechte treten kann. Dabei wird der Erwerb des Markenschutzes durch ein einziges Anmelde- und Eintragungsverfahren ermöglicht, welches beim Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt in Alicante (HABM/OHIM) durchgeführt wird.

¹²⁵⁴ Schmidl, Bekämpfung der Produktpiraterie, 2. Teil, II. 2. b) bb) (S. 100).

¹²⁵⁵ Fezer, MarkenR, Einl. RN 80.

¹²⁵⁶ Vom 20. Dezember 1993, ABl. EG Nr. L 11 vom 14. Januar 1994, S. 1; auch ABl. HABM 1995, 50; im Folgenden Gemeinschaftsmarkenverordnung (GMVO) genannt.

Im Gegensatz zu einer IR-Marke genießt die Gemeinschaftsmarke – nach ihrer Eintragung – automatisch Schutz in allen Ländern der Europäischen Gemeinschaft.

Ein weiterer Vorteil der Gemeinschaftsmarke ist darin zu sehen, dass man den Zeitrang älterer nationaler Marken beanspruchen kann. Soweit ein Schutzrechtsinhaber also über Marken in der Bundesrepublik Deutschland und/oder in anderen europäischen Ländern verfügt, kann er den jeweiligen Zeitrang – bezogen auf das konkrete Land – der Gemeinschaftsmarke zuordnen. Nach Registrierung der Gemeinschaftsmarke kann dann auf eine Verlängerung der Schutzdauer der nationalen Marken verzichtet werden. Schließlich erstrecken sich die Wirkungen der Gemeinschaftsmarke auch auf die neuen Beitrittsstaaten. Um den einheitlichen Charakter der Gemeinschaftsmarke zu gewährleisten, sind die Europäische Union und die Beitrittsländer übereingekommen, dass alle Gemeinschaftsmarken, die vor dem Beitrittsdatum entweder eingetragen oder angemeldet wurden, automatisch auf das Territorium des jeweiligen neuen Mitgliedsstaats erstreckt werden, Art. 142a GMVO.¹²⁵⁷

In materiell-rechtlicher Hinsicht wird die Sanktionierung von Markenverletzungen lediglich lückenhaft in den Art. 9 bis 11 GMV geregelt, und ansonsten durch Art. 14 GMV auf das Recht der Mitgliedsstaaten verwiesen. Insofern obliegt auch die zivilrechtliche Durchsetzung von Markenverletzungen nicht etwa europäischen Gerichten, vielmehr wurden in jedem Mitgliedsstaat Gemeinschaftsmarkengerichte eingerichtet, Art. 91 GMV. Diese sind für alle Fragen der Verletzung und Gültigkeit von Gemeinschaftsmarken zuständig. Bei einer Verletzung seiner Marke kann der Kläger ein ihm genehmes Gericht auswählen, Art. 93 Abs. 3, 94 Abs. 2 GMVO. In Deutschland sind für Klagen nach dem GMVO die Landgerichte zuständig, § 125e MarkenG, wobei jedoch auch hier gem. § 125 Abs. 3 MarkenG – eine Zuständigkeitskonzentration besteht.

Strafrechtliche Regelungen wurden in die GMVO nicht aufgenommen. Ihr Fehlen wird zum einen mit der zu diesem Zeitpunkt wohl tatsächlich nicht zu realisierenden politischen Durchsetzbarkeit begründet, sowie zum anderen mit rechtlichen Kompetenzproblemen.¹²⁵⁸ Daneben wurde wohl davon ausgegangen, dass auch die geringe tatsächliche Anwendung des Strafrechts bei Markenverletzungen in den meisten Mitgliedsstaaten Harmonisierungsimpulse entfallen ließ.¹²⁵⁹

¹²⁵⁷ Nunmehr Art. 159a GMVO, vgl. Verordnung (EG) Nr. 422/2004 des Rates vom 19. Februar 2004 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 40/94 über die Gemeinschaftsmarke, ABl. Nr. L 70 vom 9. März 2004, S. 1 ff.

¹²⁵⁸ Die herrschende Meinung geht mangels Souveränitätsverzichts von dem Fehlen einer eigenen Kriminalstrafgewalt der EU aus, vgl. Tiedemann, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Strafrecht, NJW 1993, 23.

¹²⁵⁹ Schmidl, Bekämpfung der Produktpiraterie, 3. Teil, A. III.2. a), (S. 143).

Der strafrechtliche Schutz der Gemeinschaftsmarke hängt somit zur Zeit von ihrer Einbeziehung in die nationalen Strafvorschriften ab. Die Mitgliedsstaaten sind lediglich dazu verpflichtet, die Gemeinschaftsmarke den nationalen Marken gleichzustellen. In der Bundesrepublik Deutschland ergibt sich der strafrechtliche Schutz der Gemeinschaftsmarke unmittelbar aus dem im 3. Kapitel erläuterten § 143a MarkenG.¹²⁶⁰ In anderen Staaten wird auf eine eigene Strafnorm verzichtet, vielmehr darauf hingewiesen, dass die Gemeinschaftsmarke eine „normale“ Marke ist, die automatisch unter den Schutz der jeweils auf nationale Marken anwendbaren Vorschriften fällt.¹²⁶¹

Dieser Verzicht auf eigene Strafvorschriften und der dadurch erforderliche Rückgriff auf nationales Strafrecht führen natürlich zu einer Uneinheitlichkeit in der Anwendung und Durchsetzung des Strafanspruchs bei der Verletzung einer Gemeinschaftsmarke. Ein europaweit einheitliches Sanktionenrecht ist jedoch bislang nicht vorgesehen¹²⁶², geplant sind lediglich die sogleich darzustellenden Maßnahmen der Harmonisierung des Strafmasses.

IV. Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums

1. Entstehungsgeschichte und Zielsetzung

Mit ihrer Mitteilung zu Folgemaßnahmen zum Grünbuch über die Bekämpfung von Nachahmungen und Produkt- und Dienstleistungspiraterie¹²⁶³ im November 2000 kündigte die Kommission einen Aktionsplan zur besseren und schärferen Bekämpfung von Nachahmungen und Produktpiraterie im Binnenmarkt an.¹²⁶⁴ Dieser Plan umfasste auch die Verabschiedung einer Richtlinie, welche die Mitgliedsstaaten verpflichtet, ihre Rechts- und Verwaltungsvorschriften hinsichtlich der Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums zu harmonisieren. Von der Schaffung einer unmittelbar geltenden Verordnung wurde dabei abgesehen, um der Rechtstradition der einzelnen Staaten und den nationalen Gegebenheiten Rechnung zu tragen.

¹²⁶⁰ Vgl. dazu 3. Kapitel, 1. Teil C., zur Entstehungsgeschichte auch 2. Kapitel, E. 5. a).

¹²⁶¹ Schmidl, Bekämpfung der Produktpiraterie, 3. Teil B. II. 1. a. (S. 154).

¹²⁶² Ein solches wird jedoch von Schmidl, Bekämpfung der Produktpiraterie, aaO, gefordert.

¹²⁶³ Vgl. zu den verschiedenen weiteren Aktionen der EU zur Bekämpfung der Produktpiraterie: 5. Kapitel C. V.

¹²⁶⁴ KOM 2000, 789 endg., vom 30. November 2000.

Am 30. Januar 2003 wurde der Vorschlag einer Richtlinie¹²⁶⁵ von der Kommission angenommen und am 24. Februar 2003 dem Europaparlament und dem Rat zur Stellungnahme übermittelt. Der Richtlinienvorschlag befasste sich mit der Verletzung aller Rechte an geistigem Eigentum, die innerhalb der EU harmonisiert wurden. Ziel war eine Angleichung der Durchsetzungsinstrumente der verschiedenen Länder, in denen die Rechtslage trotz Umsetzung des TRIPS-Abkommens¹²⁶⁶ nach wie vor große Unterschiede aufweist. Damit sollten Nachahmungen und Piraterie nicht mehr nur an den Außengrenzen der EU gestoppt, sondern auch direkt im Binnenmarkt bekämpft werden.¹²⁶⁷ Das Hauptaugenmerk lag dabei auf solchen Rechtsverletzungen, die zu gewerblichen Zwecken erfolgen oder einen erheblichen Schaden für die Schutzrechtsinhaber herbeiführen. Dazu sollte in der Gemeinschaft ein Bündel von Maßnahmen und Verfahren eingeführt werden, mit denen die Inhaber aller gewerblichen Schutzrechte diese effektiv gegenüber Rechtsverletzungen durchsetzen können. Insbesondere wollte man durch die Richtlinie die einzelstaatlichen Vorschriften über Zivil- und Kriminalstrafen und Rechtsmittel europaweit stärker an Verfahren angleichen, die bereits bewährte Rechtspraxis sind.¹²⁶⁸

Nach Stellungnahme der verschiedenen Ausschüsse wurde der Vorschlag vom Europäischen Parlament am 9. März 2004 verabschiedet.¹²⁶⁹ Vorausgegangen waren intensive Beratungen im Rechtsausschuss und ein mehr als dreimonatiges Vermittlungsverfahren zwischen Parlament, Ministerrat und Kommission. Letztlich wurde der Vorschlag der Kommission an vielen Stellen abgeändert und insbesondere die vorgesehene Verpflichtung der Staaten zur Strafverfolgung schwerwiegender Fälle von Schutzrechtsverletzungen gestrichen. Daher legt die Richtlinie entgegen der ursprünglichen Planung keinerlei strafrechtliche Sanktionen fest. Auch viele der zivilrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten und Instrumente wurden abgemildert (dazu 2.).

Dem geänderten Entwurf hat der Ministerrat schon kurz nach der Übermittlung durch das Parlament, nämlich bereits am 26. April 2004 zugestimmt. Nach der am 30. April 2004 erfolgten Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union¹²⁷⁰ haben die Mitgliedsstaaten nunmehr zwei Jahre Zeit, die Richtlinie in ih-

¹²⁶⁵ Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte an geistigem Eigentum vom 23. Januar 2003, KOM (2003) 46 endg..

¹²⁶⁶ S. unten C. II. 2..

¹²⁶⁷ Begründung des Vorschlags der Richtlinie, Teil I, C. (S. 8).

¹²⁶⁸ Mitteilung der Kommission vom 26. April 2004, IP/04/540.

¹²⁶⁹ Vom 10. März 2004, Interinstitutionelles Dokument 2003/0024 (COD), Text des Vorschlags auch in ABI. C 32 vom 5. Februar 2004, S. 15.

¹²⁷⁰ Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABI. EG L 157 vom 30. April 2004.

re nationale Rechtsordnung zu überführen. Angesichts der erheblichen Beschneidung des ursprünglichen Entwurfs wird der Handlungsbedarf der Bundesregierung nicht allzu groß sein.¹²⁷¹ Viele der Vorschläge – bspw. der Anspruch auf Auskunftserteilung oder die Erweiterung der Vernichtungs- und Einziehungsmöglichkeiten – wurden in Deutschland bereits durch das Produktpirateriegesetz eingeführt. Einen direkten Einfluss auf die strafrechtliche Gesetzgebung oder Verfolgungspraxis in Deutschland hat die Richtlinie in der vorliegenden Fassung jedenfalls nicht. Interessant ist allenfalls die Möglichkeit, dass das Gericht die Beweismittelherausgabe anordnen kann. Insofern kann eine Mitteilung von Kontaktdaten etwaiger Mittätern bei der Vervielfältigung und Verbreitung von gefälschten Waren gefordert werden. Es bleibt abzuwarten, wie diese Regelungen in das nationale Recht umgesetzt werden.

2. Einzelmaßnahmen

Die Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten zunächst ganz allgemein, wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe einzuführen, die erforderlich sind, um die Durchsetzung der Rechte des geistigen und des gewerblichen Eigentums sicherzustellen, Art. 1 und 3 der RL. Daneben soll der Schutz der Rechteinhaber weiter effektiviert werden durch die europaweite Einführung von Instrumenten zur Sanktionierung von Verletzungshandlungen, nämlich durch Schaffung von:

- Maßnahmen zur Beweiserhebung und -sicherung, Art. 6 und 7, inkl. Anordnung der Beweismittelherausgabe
- Recht auf Auskunft, Art. 8
- Einstweilige Maßnahmen und Sicherungsmaßnahmen gegen Verletzer oder Dritte, Art. 9
- Abhilfemaßnahmen wie Rückruf, Entfernen aus dem Vertriebsweg oder Vernichtung, Art. 10
- Schadensersatz, Art. 13
- Ersatz von Prozess- und sonstiger Kosten, Art. 14,
- Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen, Art. 15.

Des Weiteren haben gemäß Art. 17 die Mitgliedsstaaten auf die Ausarbeitung von Verhaltenskodizes durch Berufs- oder Unternehmensverbände hinwirken, welche auf Gemeinschaftsebene zum Schutz des geistigen Eigentums beitragen. Jeder

¹²⁷¹ Dieser wurde auch schon vorher nach Auskunft des zuständigen Referenten im BMJ (Referat III B 4 Patent- Gebrauchsmuster und Geschmacksmusterrecht, und Referat III B5 – Markenrecht) vom März 2003 als gering eingeschätzt.

Mitgliedsstaat soll drei Jahre nach Ablauf der Umsetzungsfrist einen Bericht über die Umsetzung vorlegen, Art. 18. Schließlich muss in jedem Land eine Korrespondenzstelle für alle die Durchführung der in der Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen benannt werden. Damit ist geplant, die länderübergreifende Zusammenarbeit und der Informationsaustausch zu fördern.

Als Beispiel der vorerwähnten Abmilderung der Richtlinie soll die zur Abschöpfung der Verletzergewinne besonders wichtige Schadensersatzvorschrift des Art. 13 genannt werden, die sich ursprünglich in Art. 17 befand. Danach hätte die geschädigte Partei Anspruch auf pauschalen Schadensersatz in doppelter Höhe einer gedachten Lizenzgebühr gehabt, sofern der Verletzer vorsätzlich handelte oder um die Schutzrechtsverletzung „vernünftigerweise hätte wissen müssen“¹²⁷², was wohl der Fahrlässigkeit entspricht, Art. 17 Abs. 1 a) des Kommissionsentwurfs. Alternativ dazu hatte der Geschädigte Anspruch auf kompensatorischen Schadensersatz, also auf Ersatz des tatsächlich eingetretenen Schadens inkl. des entgangenen Gewinns, Art. 17 Abs. 1 b). Darüber hinaus wurden die Mitgliedsstaaten ermächtigt, in bestimmten Fällen vorzusehen, dass auch – verschuldensunabhängig – die Verletzergewinne dem Rechteinhaber zukommen sollen. Damit wollte man eine höhere Abschreckung erreichen, da nunmehr mit der Fälschung von Schutzrechten ein höheres Risiko einer wirtschaftlichen Belastung verbunden war. Bei der Ermittlung der Gewinne brauchte der Rechteinhaber nur Nachweise der Bruttoeinnahmen des Verletzers zu erbringen. Letzterer musste dann seine abzugsfähigen Kosten sowie etwaige Gewinne, die nicht auf die Rechtsverletzung zurückzuführen sind, belegen, Art. 17 Abs. 2 S. 2.

Dieser Regelungskomplex wurde durch den nun verabschiedeten Art. 13 wesentlich entschärft. Danach ist nur noch vorgesehen, dass Schadensersatz bei schuldhaftem Handeln geleistet werden muss. Hinsichtlich der Festsetzung der Schadenshöhe sollen von den Gerichten nur noch „alle negative wirtschaftlichen Auswirkungen, einschließlich Gewinneinbußen und der zu Unrecht erzielten Gewinne des Verletzers“ sowie in geeigneten Fällen auch immaterielle Schäden berücksichtigt werden, Art. 13 Abs. 1 a). Alternativ kann Schadensersatz als Pauschalbetrag festgelegt werden, wobei mindestens eine Lizenzgebühr zugrunde zu legen ist, Art. 13 Abs. 1 b). Es ist daher zu erwarten, dass der Schadenersatz auch in Zukunft vor allem nach der Lizenzanalogie berechnet werden wird. Auf jeden Fall besteht keine gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung zur Einführung der pauschalen Verletzerzuschläge. Zumindest können die Mitgliedsstaaten nun auch in Fällen, in denen kein Verschulden vorliegt, die Herausgabe des Gewinns oder die Zahlung von Schadensersatz als eine Art Abfindung anordnen, Art. 13 Abs. 2. Die Regelung ist wohl eher als Minimal-, denn als Maximaregelung gedacht.

¹²⁷² Vgl. dazu auch Art. 45 TRIPS, der diese Terminologie verwendet.

Schließlich hatte sich Art. 20 des Richtlinienvorschlags erstmals auf dem Gebiet der gewerblichen Schutzrechte mit den strafrechtlichen Bestimmungen der Mitgliedsstaaten befasst.¹²⁷³ Zwar wurde nicht direkt auf die Harmonisierung der strafrechtlichen Sanktionen der einzelnen Länder abgestellt, es sollten jedoch von diesen in geeigneten Fällen ausdrücklich auch Strafverfahren durchgeführt werden. Konkret wurde als Voraussetzung strafrechtlicher Sanktionen eine schwerwiegende Verletzung von Rechten am geistigen Eigentum gefordert. Dies konnte immer dann angenommen werden, wenn die Verletzung vorsätzlich und zu gewerblichen Zwecken erfolgte, Art. 20 Abs. 1 S. 1 des Kommissionsentwurfs. Hinsichtlich der Rechtsfolgen wurde auf die Vorgabe eines Strafrahmens verzichtet und es wurden auch keine speziellen Sanktionen festgelegt, sondern ergebnisorientiert die Einführung strafrechtlicher Sanktionen, einschließlich Freiheitsstrafen angeordnet, Art. 20 Abs. 1 S. 2. Damit zeigt sich der Mindestcharakter der Durchsetzungsbestimmungen auf strafrechtlichem Gebiet, der nicht über Art. 61 TRIPS hinausgeht, als dort Strafen „in Höhe vergleichbar schwerer Taten“ vorgesehen sind.¹²⁷⁴

Schließlich war geplant – und insofern auch für das deutsche Recht relevant – die im Falle der Verurteilung möglichen Maßnahmen gegen juristische Personen wesentlich zu erweitern. So waren diesen gegenüber zunächst Geldstrafen sowie die Beschlagnahme von Gegenständen, Instrumenten und Erzeugnissen aus der Tat vorgesehen, Art. 20 Abs. 3. a) und b) des Kommissionsentwurfs. Auch sollten in entsprechenden Fällen die Vernichtung der Ware sowie die völlige oder teilweise, endgültige oder vorübergehende Schließung von Betriebsstätten oder Geschäftslokalen angeordnet werden können. Weiter gehörten zum Maßnahmenkatalog ein dauerhaftes oder zeitweiliges Verbot der gewerblichen Betätigung, die Anordnung richterlicher Aufsicht, die gerichtliche Auflösung der juristischen Person, der Ausschluss von öffentlichen Zuwendungen, und schließlich die Veröffentlichung von Urteilen vgl. Art. 20 Abs. 3 c) – i). Die meisten dieser Bestimmungen – Art. 20 Abs. 3 d) bis h) – waren an entsprechende Bestimmungen in Frankreich und Spanien angelehnt. Die Kommission versprach sich von diesen Möglichkeiten eine scharfe Waffe im Kampf gegen die Herstellung und den Vertrieb von Markenwaren, da diese zunehmend und in großem Maße von Industrieunternehmen vertrieben werden.¹²⁷⁵

Jedoch wurden die Vorgaben zu den nationalen Strafnormen sowie der umfangreiche Katalog der begleitenden Maßnahmen nicht nur wie beim Schadensersatz erheblich beschnitten, sondern wie bereits dargelegt ganz aus dem Katalog der Maßnahmen entfernt. Der nunmehr verabschiedete Art. 16 enthält lediglich die

¹²⁷³ Vgl. Anhang 1, L. 3..

¹²⁷⁴ Dreier, TRIPS und die Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums, GRUR Int. 1996, 205 (206).

¹²⁷⁵ Begründung des Vorschlags der Richtlinie, IV. Art. 20 (S. 26).

Ermächtigung der Mitgliedsstaaten, neben den in der Richtlinie vorgesehenen zivil- und verwaltungsrechtlichen Maßnahmen andere angemessene Maßnahmen vorzusehen. Zumindest ist der Richtlinie eine Erklärung der Kommission beigelegt, wonach sie die Möglichkeit prüfen wird, zu einem späteren Zeitpunkt Bestimmungen über strafrechtliche Sanktionen vorzuschlagen.¹²⁷⁶ Ganz offensichtlich hatte der europäische Gesetzgeber Bedenken, strafrechtliche Bestimmungen zum Gegenstand einer Binnenmarktrichtlinie zu machen. Das nationale Markenstrafrecht wird also vorerst nicht unmittelbar durch gemeinschaftsrechtliche Vorgaben beeinflusst.

V. Maßnahmen zur Grenzbeschlagnahme

1. Allgemeines

Neben der Sanktionierung von Markenverletzungen innerhalb des Binnenmarkts ist ein weiterer wichtiger Aspekt bei der Bekämpfung von Nachahmungen die Verhinderung der Einfuhr fälschlich gekennzeichnete Waren aus Drittländern. Dadurch soll erreicht werden, dass solche Güter – welche sehr häufig aus Niedriglohnländern außerhalb der EU kommen – in den Handel gelangen und schließlich den Verbrauchern angeboten werden. Zur wirkungsvollen Bekämpfung des grenzüberschreitenden Handels mit schutzrechtsverletzender Ware wurde das Rechtsinstitut der sog. Grenzbeschlagnahme geschaffen.¹²⁷⁷ Damit wird dem Inhaber eines Schutzrechts der Zugriff auf die Ware zu einem Zeitpunkt eröffnet, zu welchem sie sich noch bei der Zollabfertigung befindet, also in einem für einen Zugriff besonders günstigen Moment.¹²⁷⁸

Beschlagnahmeregeln waren schon im Madrider Markenabkommen vom 14. April 1891¹²⁷⁹ vorgesehen, weshalb es das Institut der Grenzbeschlagnahme in Deutschland seit 1925 gibt. Rechtsgrundlage sind im nationalen Recht nunmehr die §§ 146 -151 MarkenG, im europäischen Kontext die nachfolgend kurz erläuterten Verordnungen sowie international Art. 9 PVÜ und Art. 51 ff. des TRIPS-Übereinkommens. Da die europäischen Regelwerke nur im Verkehr mit Drittstaaten zur Anwendung kommen, ist ihre Bedeutung vor allem darin zu sehen, dass die Möglichkeit der Beschlagnahme an die gemeinsamen Außengrenzen „vorver-

¹²⁷⁶ Erklärung der Kommission vom 22. April 2004, Interinstitutionelles Dokument Nr. 8285/04 COR1.

¹²⁷⁷ Reiner Beußel, Die Grenzbeschlagnahme von Parallelimporten, GRUR 2000, 188.

¹²⁷⁸ Begründung zum Produktpirateriegesetz, BT-Ds 11/4792, 35.

¹²⁷⁹ Dazu unten C. I. 2.

lagert“ wird. Alle Ein- und Ausfuhren nach Mitgliedsstaaten der EU unterliegen nämlich dem Anwendungsbereich der nationalen Vorschriften.¹²⁸⁰

Die praktische Bedeutung der Grenzbeschlagnahme hat in den letzten Jahren deutlich zugenommen und erweist sich zunehmend als wirksames Werkzeug in Fällen der Produktpiraterie.¹²⁸¹ Während noch im Jahre 1998 ca. 10 Mio. Artikel an den Außengrenzen der EU beschlagnahmt wurden, belief sich diese Zahl im Jahre 2001 schon auf 100 Mio.¹²⁸²

Zuständig für die Überwachung des grenzüberschreitenden Warenverkehrs sowie für die strafrechtliche Verfolgung der Verletzung von Einfuhrverboten sind die jeweiligen nationalen Zollbehörden, in Deutschland die Bundeszollverwaltung.¹²⁸³ In Europa funktionieren die 15 (nunmehr 25) Zollverwaltungen seit der Schaffung des Binnenmarktes wie eine einzige Verwaltung. Die Union erhebt Zölle auf Einfuhrwaren und führt Kontrollen durch, um die Einfuhr verbotener Waren zu verhindern. Solche Einfuhrverbote bestehen im nationalen Recht nach dem Markengesetz, §§ 143 und 144 i.V.m. § 14 Abs. 3 Nr. 4, nach den §§ 370 und 372 AO (Steuerhinterziehung und Bannbruch) sowie nach dem Gemeinschaftsrecht aus den nachfolgend erläuterten Verordnungen. Daneben kann der Zoll auch auf Antrag der Schutzrechtsinhaber tätig werden.

2. *Verordnung (EG) Nr. 3842/86*

Ein erster Schritt zur Kontrolle von Einfuhren in Bezug auf mögliche Schutzrechtsverletzungen wurde vom Rat der Europäischen Gemeinschaft mit der am 1. Januar 1988 in Kraft getretenen Verordnung zum Verbot der Überführung nachgeahmter Waren in der zollrechtlich freien Verkehr getan.¹²⁸⁴ Die Verordnung eröffnete den Zollbehörden die Möglichkeit, Waren, welche mit einer Nachahmung einer eingetragenen Marke – damals Warenzeichen – versehen waren, bei der Überführung in das Gebiet der EG von den Zollbehörden vorläufig festzuhalten. Das Beschlagnahmeverfahren ließ sich dabei in drei Abschnitte aufteilen, nämlich das einleitende Antragsverfahren, das Tätigwerden der Zollbehörden mit dem

¹²⁸⁰ Vgl. zur Abgrenzung: Fezer, MarkenR, § 146 RN 5, zur ausführlichen Erläuterung der deutschen Regelungen die Arbeit von Scherbauer, Grenzbeschlagnahme.

¹²⁸¹ Ingerl/Rohnke, MarkenG, Vor §§ 146 – 151, Rn 3; anders noch Ingerl/Rohnke, 1. Auflage 1998, Vor §§ 146 – 151 RN 3.

¹²⁸² Pressemitteilung der EU-Kommission vom 22. Juli 2003, IP/03/1059, im Internet abrufbar unter www.europa.eu.int.

¹²⁸³ Vgl. zu den Kompetenzen und Aufgaben des Zolls: Schmidl, Die Bekämpfung der Produktpiraterie in der Bundesrepublik Deutschland und in Frankreich, 3. Teil, A. I. 1. (S. 123 ff.).

¹²⁸⁴ VO (EWG) Nr. 3842/86 vom 1. Dezember 1986, ABl. EG 1986 L 357, abgedruckt auch in GRUR Int. 1987, 98 ff.

konkrete zollbehördlichen Maßnahmen gegen nachgeahmte Waren getroffen wurden, sowie das weitere Verfahren, welches zur endgültigen Sachentscheidung der zuständigen Stellen führte. Stand danach die Markenverletzung fest, wurde die Ware vernichtet. Zusätzlich wurde dem Inhaber des Schutzrechts ein Anspruch auf Auskunft über Versender, Importeur, Empfänger und Menge der imitierten Waren zugebilligt, vgl. Art. 3, 5 und 7 der Verordnung. Dadurch konnten rechtliche Schritte gegen einen Verletzer vorbereitet werden.

Nachteil dieser ersten Grenzbeschlagnahmeverordnung war es jedoch, dass sie einen Schutz nur im Fall der Nachahmung eingetragener Kennzeichen gewährte, nicht jedoch auf den gesamten Bereich von Verletzungen gefälschter Waren anwendbar war.

3. *Revision der EG-Grenzbeschlagnahmeverordnung, Verordnung (EG) Nr. 3295/94*

Im Jahr 1993 erfolgte ein Vorschlag der EG-Kommission zur Neugestaltung des auch EG-Produktpiraterieverordnung genannten Regelwerks.¹²⁸⁵ So sollten deren Vorschriften nunmehr auch bei der Beeinträchtigung anderer Schutzrechte wie Urheber- oder Geschmacksmusterrechte Anwendung finden. Weitere wichtige Neuerung war eine Beschleunigung der Verfahren durch die Übertragung der Befugnis auf die Zollbehörden, unverzüglich selbst über die notwendigen Gegenmaßnahmen wie Aussetzung der Überlassung, Gutachten, usw. zu entscheiden, ohne von gerichtlichen Entscheidungen oder Sicherungsmaßnahmen abhängig zu sein. Darüber hinaus wurde der Geltungsbereich der VO auf jedes eingetragene Marken- oder Warenzeichenrecht, gesondert gestellte Verpackungen (die die Warenzeichen der betreffenden Waren trugen), sowie die Werkzeuge, Formen und Materialien, die zur Herstellung von nachgeahmten Waren bestimmt waren, ausgeweitet, Art. 2a der VO. Schließlich erfolgte eine Ausdehnung des Verbots auf sämtliche Zollverfahren, nämlich auch auf den Versand und die Ausfuhr der Waren.¹²⁸⁶

Diese Vorschläge wurden mit der Verordnung des Rates Nr. 3295/94 umgesetzt, welche am 2. Januar 1995 in Kraft trat.¹²⁸⁷ Seit Februar 1995 konnten bei der O-

¹²⁸⁵ Vorschlag für eine VO des Rates zum Verbot der Überführung, der Ausfuhr und des Versands nachgeahmter Waren und unerlaubt hergestellter Vervielfältigungsstücke in den zollrechtlich freien Verkehr, ABI. EG 1993, Nr. C 238, S. 9, abgedruckt auch bei Fezer, MarkenR, II. 8.

¹²⁸⁶ Einen Vergleich der Verordnungen und eine Darstellung der Vorzüge der neuen VO bietet Schmidl, Die Bekämpfung der Produktpiraterie in der Bundesrepublik Deutschland und in Frankreich, 2. Teil, II. 2. a) (S. 93 – 98).

¹²⁸⁷ ABI. EG 1994, L 341, S.8 ff.; die Durchführung der VO wird mit der VO (EG) 1367/95, ABI. Nr. L 133, S.2, vom 16. Juni 1995 geregelt.

berfinanzdirektion München zentral für alle Zollstellen gebührenpflichtige¹²⁸⁸ Anträge auf Grenzbeschlagnahme gestellt werden. Ergänzt wurde die Verordnung Nr. 3295/94 durch die VO (EG) Nr. 241/99 vom 25. Januar 1999.¹²⁸⁹ Danach wurden nunmehr auch Patente sowie ergänzende Schutzzertifikate für Arznei- und Pflanzenschutzmittel in die Grenzbeschlagnahmeregeln einbezogen sowie der Handlungsspielraum der Zollbehörden auf Freilager und Freizonen erweitert. Schließlich wurde der Zollschutz von Gemeinschaftsmarken administrativ vereinfacht.¹²⁹⁰

4. *Neue Grenzbeschlagnahmeverordnung (EG) Nr. 1383/2003*

Um die Rechtstellung der Inhaber von Schutzrechten noch weiter zu verbessern, hat der Rat der Europäischen Union am 22. Juli 2003 die Verordnung Nr. 1383/2003¹²⁹¹ angenommen. Diese regelt das Vorgehen der Zollbehörden gegen aus- und eingeführte Waren, welche im Verdacht stehen, bestimmte Immaterialgüter zu verletzen. Sie hat ab dem 1. Juli 2004 die existierende VO Nr. 3295/94 ersetzt, Art. 24 der VO (EG) Nr. 1383/2003.

Ein Manko der VO (EG) Nr. 3294/94 war nämlich, dass sie nur eingetragene Marken erfasste, § 1 Abs. 2 lit. a. Die ohne Eintragung geschützten Zeichen nach § 4 Nr. 2 und 3 MarkenG, die geschäftlichen Zeichen des § 5 MarkenG, sowie die geographischen Herkunftsangaben, für die im deutschen Recht § 151 MarkenG gilt, waren bislang aus dem Geltungsbereich der europäischen Regelungen ausgeschlossen.¹²⁹² Die neue Verordnung versucht diese Lücken zu schließen, indem sie die Rechte, bei deren Verletzung die Zollbehörden tätig werden können, nochmals erweitert. So können nunmehr nicht nur nachgeahmte und unerlaubt hergestellte Waren beschlagnahmt werden, sondern auch solche Waren, die gegen nationale Rechte zum Schutz von Patenten, ergänzende Schutzzertifikate, Sortenschutzrechte, Ursprungsbezeichnungen und geographische Angaben – sowohl nach nationalem als auch nach Gemeinschaftsrecht – verstoßen, Art. 2 Abs. 1 c) i) bis v) der neuen VO.

¹²⁸⁸ Die Bearbeitungsgebühr betrug in Deutschland nach § 12 Zollkostengesetz zwischen 30,68 EUR und 306,78 EUR (ehemals 60 – 600 DM).

¹²⁸⁹ ABL EG 1999, L 027, S. 1 ff., vom 2. Februar 1999.

¹²⁹⁰ Fezer, MarkenR, Vorb. § 146 RN 4.

¹²⁹¹ Verordnung (EG) Nr. 1383/2003 des Rates vom 22. Juli 2003 über das Vorgehen der Zollbehörden gegen Waren, die im Verdacht stehen, bestimmte Rechte geistigen Eigentums zu verletzen, und die Maßnahmen gegenüber Waren, die anerkanntermaßen derartige Rechte verletzen, Amtsblatt Nr. L 196 vom 02. August 2003, S. 7 ff.

¹²⁹² Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 146 RN 2.

Verdächtige Waren können von den Zollbehörden bereits dann drei Arbeitstage lang zurückgehalten werden, wenn der hinreichend begründete Verdacht besteht, dass diese Waren Schutzrechte verletzen, Art. 4 Abs. 1. In diesem Zusammenhang können die Zollbehörden vom Rechtsinhaber auch weitergehende Informationen verlangen, um festzustellen, ob sich der Verdacht bestätigen könnte. Das Antragsverfahren soll mittels elektronischen Datenaustauschsystemen modernisiert werden. Der Antrag selbst kann in jedem Mitgliedsstaat gestellt werden, Art. 5 Abs. 1. Die Frist zur Entscheidung, ob seitens der Zolldienststelle ein Eingreifen in Frage kommt, wird auf 30 Arbeitstage festgelegt, Art. 7 Abs. 7. Des Weiteren sind die Anträge auf Schutz an geistigem Eigentum nunmehr gebührenfrei und es wurde deren Laufzeit auf maximal ein Jahr verlängert, Art. 8 Abs. 1. Schließlich wird das Verfahren zur Vernichtung unerlaubt vervielfältigter oder nachgeahmter Waren beschleunigt und erweitert, Art. 11 der VO.

Insgesamt stellt diese neue Verordnung einen weiteren Schritt zur effektiveren Kontrolle und Sicherstellung der Einfuhr schutzrechtsverletzender Waren aus Drittstaaten durch die Zollbehörden dar. Es bleibt jedoch abzuwarten, ob durch die Aufnahme der neuen Mitgliedsstaaten, aus denen bislang ebenfalls häufig nachgeahmte Waren geliefert wurden, wieder eine verstärkte Kontrolle von Ein- und Ausfuhren aus und nach anderen Mitgliedsstaaten nach den nationalen Vorschriften notwendig wird.

5. *Projekt MUSYC*

Eine weitere Verbesserung der Grenzbeschlagnahmen der Zollbehörden wurde mit dem Projekt MUSYC der Europäischen Union angestrebt. MUSYC steht für „Multimedia-System for Customs“ und soll die Zusammenarbeit zwischen den Zollbehörden der einzelnen Länder und den Schutzrechtsinhabern stärken. Dazu ist die Einrichtung eines europaweiten Multimedia-Informationssystem geplant, in das alle relevanten Daten über Produkte, Marken, bekannt gewordene Fälschungen, Informationen über die Unternehmen etc. multimedial eingepflegt werden können. Das Projekt fußt auf der Überlegung, dass nur die Rechtsinhaber die für eine Identifizierung von gefälschten Waren und unerlaubte Vervielfältigungen notwendigen Informationen liefern können.¹²⁹³ Die Zollbeamten könnten diese Daten abfragen und so problemlos auf eine Fülle von Informationen zugreifen, die ihnen eine rasche Beurteilung des Vorliegens einer Schutzrechtsverletzung ermöglichen.

Das Projekt wurde von einem Konsortium durchgeführt, das aus den Zollverwaltungen Deutschlands, Frankreichs, Spaniens, der Niederlande und Österreich sowie einigen IT-Unternehmen bestand. Es wurde im Jahre 2000 abgeschlossen, an-

¹²⁹³ So Klaus Hoffmeister auf dem ALAI-Kongress am 16. bis 19. Juni 1999; GRUR Int. 2000, 151.

schließlich wurden die Arbeiten an der operativen Umsetzung begonnen. Nach Informationen aus dem Bundesministerium der Finanzen wird das Projekt momentan wegen aufgetretener technischer Probleme bei der Umsetzung nicht weiter verfolgt. Laut Aussage eines zuständigen Mitarbeiters der EU-Kommission ist diese an einer Überarbeitung interessiert, genauere Informationen lagen bei Abschluss der Arbeit jedoch noch nicht vor.

VI. Fazit

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass sich die auf europäischer Ebene geltenden Regelungen mittlerweile zu einem homogenen System ergänzen, mit dem zumindest in zivil- und zollrechtlicher Hinsicht die meisten Fälle von massenhaften und groben Verletzungen von Kennzeichenrechten recht gut bekämpft werden können. Gerade die europäischen Grenzbeschlagnahmeregeln erweisen sich als effektiv im Kampf gegen den organisierten Import großer Stückzahlen schutzrechtsverletzender Güter. Voraussetzung ist jedoch, dass die Schutzrechtsinhaber dieses System auch nutzen und den Zollbehörden die notwendigen Informationen an die Hand geben.

Parallel dazu versucht der Gemeinschaftsgesetzgeber die Akzeptanz der bestehenden Regeln zu erhöhen, in dem er immer mehr Schutzrechte in die Verordnungen einbezieht und gleichzeitig die Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung harmonisiert. Zusammen mit der Vereinfachung des Antragsverfahrens und dem Wegfall der Gebührenpflicht wird es damit auch für kleinere und mittlere Unternehmen sinnvoll, zur Vermeidung des Imports von gefälschten Waren die zur Verfügung stehenden Maßnahmen zu nutzen.

In diesem Zusammenhang sollten aber auch die Bemühungen zur verbesserten Zusammenarbeit der nationalen Zollverwaltungen weiter intensiviert werden. Nur bei bestmöglichem Zugriff auf Informationen über die Schutzrechte, die Originalwaren, Vertriebswege bekannter Fälschergruppen etc. kann ein erfolgreiches Vorgehen gegen die oft kriminell organisierten Täter gewährleistet werden. Projekte wie MUSYC oder die in der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums angestrebte Verbesserung der Zusammenarbeit und des Informationsaustauschs der Mitgliedsstaaten können trotz des erhöhten Verwaltungsaufwands und den damit verbundenen Kosten dazu beitragen, schnell und effizient die massenhafte Ein-, Aus- oder Durchfuhr nachgeahmter Waren einzudämmen.

Ein weiterer nicht zu unterschätzender Aspekt bei der Verhinderung vorsätzlicher Markenverletzungen ist das immer populärer werdende System der Gemeinschaftsmarke, welches – zusammen mit den durch die MRRL harmonisierten nationalen Markengesetzen – das Schutzniveau im Binnenmarkt insgesamt erhöht hat. Schlupflöcher für Markenverletzer werden damit geschlossen und in Verbin-

dung mit der neuen Richtlinie zur besseren Durchsetzung der Schutzrechte eine europaweit einigermaßen einheitliche Sanktionierungspraxis ermöglicht. Aus der Gemeinschaftsmarke heraus können Unternehmen in Zukunft einfacher in anderen Staaten der EU vorgehen, in denen sie den Hersteller der nachgeahmten Waren vermuten. Auch die Strafverfolgungsorgane der Mitgliedsstaaten werden sich im Laufe der Zeit an die – in der Heimat registrierbare – Gemeinschaftsmarke gewöhnen und ihr einen entsprechenden Stellenwert einräumen.

Wenn nun noch die von der Kommission angestrebten weiteren Maßnahmen wie Schulungs- und Aufklärungskampagnen, länderübergreifende Verwaltungszusammenarbeit und in fernerer Zukunft möglicherweise auch die Harmonisierung der Mindeststrafen inklusive der Einführung weiterer begleitender Sanktionsinstrumente greifen, können gewerbsmäßige vorsätzliche Markenverletzungen möglicherweise auch ohne ein gemeinsames Strafrecht auf europäischer Ebene wirksam bekämpft werden.

C. Internationale Regelungen

Die Bedeutung der internationalen Regelungen ist naturgemäß etwas geringer als die Maßnahmen der EU, die sich oft unmittelbar auf die nationalen Vorschriften auswirken. Aufgrund fehlender internationaler Kompetenzen enthalten die bestehenden Abkommen ebenfalls keine Straftatbestände. Jedoch wird durch sie ein Mindestschutz von Kennzeichen bzw. die Verpflichtung nach einer Harmonisierung des Rechts der Unterzeichnerstaaten realisiert, der in das jeweilige nationale Recht im Rahmen der Umsetzungsfristen Eingang findet. Bezogen auf den Bereich der Markenpiraterie existieren bspw. – wie bei der Grenzbeschlagnahme innerhalb der EU ausgeführt – schon im Madrider Markenabkommen Vorschriften zur Unterbindung des grenzüberschreitenden Handels gefälschter Waren. Auch die PVÜ enthält in Art. 9 und 10 entsprechende Beschlagnahmebestimmungen.

Insgesamt wird das internationale Markenrecht von einer Reihe mehrseitiger Verträge bestimmt.¹²⁹⁴ Hierbei handelt es sich zunächst um Verträge, die auf der Pariser Verbandsübereinkunft basieren (dazu unten I.) Ergänzend wird die weltweite Zusammenarbeit der Staaten auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes durch die Welthandelsorganisation im Rahmen des TRIPS-Abkommens geregelt. (dazu unten II).

¹²⁹⁴ Fezer, MarkenR, Zweiter Teil, A. I., RN 1 ff.

I. Pariser Verband

1. Pariser Verbandsübereinkunft

Mit der Unterzeichnung der Pariser Verbandsübereinkunft (PVÜ) zum Schutz des Gewerblichen Eigentums 1883¹²⁹⁵ – der Deutschland erst am 1. Mai 1903 beitrug – wurde der erste multinationale Staatsvertrag auf dem Gebiet der gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts ins Leben gerufen. Er erstreckt sich neben dem Markenrecht auch auf das Patent-, Gebrauchsmuster-, Geschmacksmuster- und Wettbewerbsrecht. Momentan gehören der PVÜ 166 Staaten an.¹²⁹⁶

Die PVÜ enthält vor allem die Verpflichtung der Mitgliedsstaaten, gewisse Mindeststandards auf dem Gebiet des Markenrechts einzuhalten. Diese Regelungen sind zunächst in erster Linie für ausländische Schutzrechtsinhaber gedacht, denen eine Gleichbehandlung zugesichert werden soll. Durch diesen Grundsatz der Inländerbehandlung, Art. 2 PVÜ wurde aber auch mittelbar Druck auf die Mitgliedsstaaten ausgeübt, die für Ausländer geltenden Standards auch ihren eigenen Staatsangehörigen zu gewähren, um diese nicht schlechter zu stellen.¹²⁹⁷ Das generelle Schutzniveau von Zeichenrechten wurde dadurch im Laufe der Zeit erhöht, was sich durch die häufige Anknüpfung der Strafvorschriften an das Zivilrecht auch auf die Strafbarkeit von Marken auswirkte.

Neben dieser Einführung von Mindeststandards wurden aber auch schon in der PVÜ einige Regelungen getroffen, die direktere Auswirkungen auf die strafrechtlichen Tatbestände haben. So soll der sog. „telle quelle“-Schutz¹²⁹⁸ des Art. 6 quinquies Abschnitt A. PVÜ – der über Art. 4 des unter 2. dargestellten MMA unmittelbar¹²⁹⁹ in das nationale Markenrecht Eingang findet – solchen Fällen der Piraterie vorbeugen, die sich unterschiedliche sprachliche Auffassungen über die Bedeutung eines Markennamens oder die Schutzfähigkeit der Marke zunutze machen.¹³⁰⁰ Weitere Regelungen, die ganz speziell die strafrechtlichen Vorschriften des Markengesetzes betreffen, enthält die PVÜ nicht. Das Strafrecht als ureigens-

¹²⁹⁵ Vom 20. März 1883, BGBl. 1970 II, S. 391, geändert am 2. Oktober 1979, BGBl. 1984, II, S. 799 ff., Revisionen der PVÜ erfolgten am 14. Dezember 1900 in Brüssel, am 2. Juni 1911 in Washington, am 6. November 1925 in Den Haag, am 2. Juni 1934 in London, am 31.10.1958 in Lissabon, am 14. Juli 1967 und am 2. Oktober 1979 in Stockholm, vgl. zum Inhalt der Revisionen: Baumbach, Wettbewerbsrecht, Vierter Teil, Internationales Wettbewerbsrecht, RN 2.

¹²⁹⁶ Stand 15. Januar 2004, Übersicht in Bl. f. PMZ 2004, 129.

¹²⁹⁷ Schmidl, Bekämpfung der Produktpiraterie, 2. Teil, A.II.1.a) cc) (1) (S. 78).

¹²⁹⁸ Allgemein zur Bedeutung des telle-quelle Grundsatzes, Fezer, Markenrecht, Zweiter Teil – Internationales Markenrecht, 1. Abschnitt, A. Art. 6 quinquies PVÜ, RN 4 (S. 1996), m.w.N.

¹²⁹⁹ Die §§ 107, 112 MarkenG sind insoweit lediglich klarstellend.

¹³⁰⁰ Schmidl, aaO, 2. Teil, A. II. 1. a) dd); (S. 80).

ter Ausfluss der staatlichen Gewalt sollte den einzelnen Staaten vorbehalten sein, dem Gedanken eines internationalen Markenstrafrechts wurde zu dieser Zeit noch keine Beachtung geschenkt.

Ungeachtet dessen kam die wohl wichtigste Bedeutung der PVÜ im Rahmen der Bekämpfung der Markenpiraterie den sog. Beschlagnahmeregungen der Art. 9 und Art. 10 PVÜ zu. Diese Vorschriften ermöglichen die Beschlagnahme von widerrechtlich mit einer Marke oder einem Handelsnamen bzw. mit einer falschen geographischen Herkunftsangabe versehenen Waren. Die dem Rechnung tragenden deutschen Regelungen der §§ 147 bis 150 MarkenG bzw. die europäischen Vorschriften nach der Verordnung EG Nr. 3295/94 bzw. 1383/2003 gehen nunmehr aber über den Regelungsgehalt hinaus.¹³⁰¹ Der Zoll setzt die PVÜ, auch wegen gewisser Ausnahmeregelungen in Art. 9 Abs. 5 und 6 PVÜ nicht mehr als Rechtsgrundlage von Grenzbeschlagnahmen ein¹³⁰², so dass sich deren Bedeutung mehr in rechtsgeschichtlicher Hinsicht erklärt.

2. *Madri der Markenabkommen und Protokoll*

Das Madrider Abkommen über die internationale Registrierung von Fabrik- und Handelsmarken (MMA)¹³⁰³ ist ein Nebenabkommen zur PVÜ und trat am 15. Juli 1892 in Kraft. Solche Sonderabkommen sind in Art. 19 PVÜ ausdrücklich zugelassen. Danach ist es den Inhabern nationaler Marken möglich, durch eine einzige Registrierung beim Internationalen Büro in jedem Markenverbandsstaat den gleichen Schutz zu erlangen als wenn die Marke dort unmittelbar hinterlegt worden wäre, Art. 4 MMA. Durch die Eintragung wird kein international einheitliches Markenrecht begründet, wohl aber ein „Bündel nationaler Marken“. Der strafrechtliche Schutz solcher IR-Marken richtet sich nach nationalem Recht, § 107 MarkenG.¹³⁰⁴ Diesem Abkommen beigetreten sind mittlerweile 74 Staaten, davon 54 Staaten in der Stockholmer Fassung 1967.¹³⁰⁵

Der Tatsache, dass nicht alle Staaten¹³⁰⁶ bereit waren, Mitglieder des Markenabkommens zu werden, trägt das Protokoll zum Madrider Markenabkommen Rechnung.¹³⁰⁷ Bislang sind 62 Staaten dem Madrider Protokoll beigetreten.¹³⁰⁸ Das

¹³⁰¹ Fezer, MarkenR, 2. Teil, PVÜ Art. 9 (S. 2006).

¹³⁰² Schmidl, Bekämpfung der Produktpiraterie, 2. Teil, A.II.1.a) dd) (S. 80).

¹³⁰³ Vom 14. April 1893, revidiert zuletzt in Stockholm am 14. Juli 1967, BGBl. 1970 II, S. 418, geändert am 2. Oktober 1979, BGBl. 1984 II, S. 799.

¹³⁰⁴ Zur Einbeziehung der IR-Marken in den Strafrechtlichen Schutz, vgl. 3. Kapitel 1. Teil A. I.

¹³⁰⁵ Stand 15. Januar 2004, BI f. PMZ 2004, 132.

¹³⁰⁶ Wichtige Staaten wie die USA, Japan, das Vereinigte Königreich und die skandinavischen Länder sind bislang nicht beigetreten.

¹³⁰⁷ Vom 27. Juni 1989, BGBl. 1995, II. 1017, Inkrafttreten in der Bundesrepublik am 20. März 1996.

Protokoll führt für die durch das Madrider Abkommen geschaffene Möglichkeit der Internationalen Registrierung von Marken wichtige Neuerungen ein. Unter anderem können ihm zwischenstaatliche Organisationen beitreten, die eine regionale Behörde für die Eintragung von Marken besitzen. Ferner kann ein Gesuch auf Internationale Registrierung nicht nur auf eine eingetragene nationale oder regionale Marke, sondern auch auf die Anmeldung einer solchen Marke gestützt werden.

Insofern ist die Bedeutung des Madrider Markenabkommens und des Protokolls im Bereich der Markenpiraterie vor allem darin zu sehen, dass eine Marke auch auf Länder erstreckt werden kann, aus denen ein Hersteller bspw. die Herkunft von gefälschten Produkten vermutet. Insofern kann zumindest versucht werden, „das Übel an der Wurzel zu packen“ und die Piraterie am Herstellungsort zu bekämpfen, mag dies auch in manchen Ländern umständlich und mit hohen Kosten verbunden sein. Dies ist indes kein markenrechtsspezifisches Problem. Der Schutzrechtsinhaber kann durch die Internationale Registrierung ein Bündel von Marken für diejenigen Staaten schaffen, in denen er die meisten Verletzungen seiner Schutzrechte vermutet. Da nunmehr auch – nach langer Vorbereitung – die EU dem MMA beitrifft,¹³⁰⁹ stellt die Internationale Registrierung eine sinnvolle Ergänzung des durch die Gemeinschaftsmarke gewährten Schutzes dar. Durch diese weiter erleichterte Ausweitung des Markenschutzes werden zusätzliche Vorgehensmöglichkeiten gegen grenzüberschreitende Markenpiraten geschaffen.¹³¹⁰

3. *Markenrechtsvertrag*

Nach fünfjähriger Vorarbeit in einem Sachverständigenausschuss hat eine diplomatische Konferenz, die im Oktober 1994 in Genf tagte, den Markenrechtsvertrag (Trade Mark Law Treaty / TLT) beschlossen.¹³¹¹ Dieser Vertrag sollte ursprünglich größere Teile der nationalen materiellen Markenrechte vereinheitli-

¹³⁰⁸ Stand 15. Januar 2004, BI. f. PMZ 2004, 132. Die USA sind am 2. November 2003 dem Protokoll beigetreten, weshalb eine IR-Marke nun auch auf die USA schutzerstreckt werden kann.

¹³⁰⁹ Verordnung (EG) Nr. 1992/2003 des Rates vom 27. Oktober 2003 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 40/94 über die Gemeinschaftsmarke, um den Beitritt der Europäischen Gemeinschaft zu dem am 27. Juni 1989 in Madrid angenommenen Protokoll zum Madrider Abkommen über die Internationale Registrierung von Marken wirksam werden zu lassen; ABI. L 296/1 vom 14. November 2003, S. 1 ff.. Der Beitritt wird zum 1. Oktober 2004 wirksam.

¹³¹⁰ Kunze, Die Verzahnung der Gemeinschaftsmarke mit dem System der internationalen Registrierung von Marken, GRUR 1996, 627.

¹³¹¹ Markenrechtsvertrag und Ausführungsverordnung beschlossen in Genf am 27. Oktober 1994; ABI. HABM 3/98, 196.

chen.¹³¹² Nachdem es eine Reihe von Widerständen¹³¹³ gab, beschränkte man sich auf die Harmonisierung der Eintragungsverfahren von Marken vor den nationalen Behörden. Der Vertrag trat am 1. August 1996 in Kraft, ihm gehörten am 15. Januar 2004 nunmehr 31 Staaten an.¹³¹⁴

Für die Bundesrepublik Deutschland wurde am 25. Juli 2001 vom Bundeskabinett der Gesetzesentwurf zum Markenrechtsvertrag verabschiedet. Die Ratifizierung erfolgte erst am 16. Juli 2004, der Vertrag tritt in Kraft am 16. Oktober 2004. Zur nationalen Umsetzung sind keine Änderungen im Markengesetz erforderlich. Nur in der Markenverordnung mussten einige Verfahrensvorschriften angepasst werden. Der TLT setzt sich nicht mit der Thematik der Markenverletzungen auseinander. Seine mittelbare Relevanz erklärt sich wiederum darin, dass auch er die Eintragungsvoraussetzungen in den einzelnen Staaten vereinheitlicht, und dass auf diese Weise eine gewisse Angleichung auch der Strafvorschriften, die oftmals an zivilrechtliche Verletzungsnormen anknüpfen, erreicht wird.

II. WIPO/OMPI und WTO

1. TRIPS-Abkommen

Eine wichtige Rolle für die globale Realisierung der gewerblichen Schutzrechte war die Errichtung der Weltorganisation für geistiges Eigentum.¹³¹⁵ Diese Organisation soll den Schutz des geistigen Eigentums durch Zusammenarbeit der Staaten fördern und die Zusammenarbeit der Verwaltung gewährleisten. So werden bspw. die Verwaltungsaufgaben der PVÜ übernommen. Der WIPO mit Sitz in Genf gehören mittlerweile 179 Staaten an.¹³¹⁶

Daneben wurde die Welthandelsorganisation¹³¹⁷ am 1. Januar 1995 als Nachfolgeorganisation des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens GATT gegründet. Aufgabe der WTO als eine Sonderorganisation der Vereinten Nationen ist vor al-

¹³¹² Kretschmer, „WIPO: Markenrechtsvertrag beschlossen“, GRUR 1994, 894.

¹³¹³ So widersetzten sich insbesondere die Amerikaner und die Japaner einem eigenen Stimmrecht der EU, vgl. zum Ablauf der Entstehung der TLT, aktuelle Berichte, GRUR Int. 1995, 93.

¹³¹⁴ BI. f. PMZ 2004, 139.

¹³¹⁵ WIPO/OMPI = World Intellectual Property Organization / Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, die Einrichtung wurde am 14. Juli 1967 durch das in Stockholm unterzeichnete „Übereinkommen zur Errichtung der Weltorganisation für geistiges Eigentum“ beschlossen, amtlicher Text in BGBl 1970, II, S. 295, geändert am 2. Oktober 1979, BGBl. 1984 II, S. 799.

¹³¹⁶ Stand 15. Januar 2004, BI. f. PMZ 2004, 127.

¹³¹⁷ World Trade Organization (WTO).

lem, die Einhaltung von Handelsregeln zu überwachen und Zölle und andere Handelshemmnisse abzubauen. Weiter formuliert sie Regeln für den internationalen Handel mit Gütern und Dienstleistungen sowie für den Schutz des geistigen Eigentums.

Für den gewerblichen Rechtsschutz liegt die sachliche Kompetenz zur Anregung von Internationalen Abkommen grundsätzlich bei der WIPO. Jedoch gelang es der USA aufgrund des Drucks der heimischen Industrie, die in den achtziger Jahren des letzten Jahrhunderts erheblichen Problemen mit Markenpiraten ausgesetzt war und von der WIPO aufgrund des angeblichen „Gruppenegoismus“ der Entwicklungsländer nicht viel erwartete, im Rahmen der Uruguay Runde des GATT 1994, das Verhandlungsthema „Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Including Trade in Counterfeit Goods“ durchzusetzen.¹³¹⁸ Diese Verhandlungen führten letztlich zum gleichnamigen TRIPS-Übereinkommen¹³¹⁹, welches am 1. Januar 1995 für die Bundesrepublik Deutschland wirksam wurde. Ihm gehören inzwischen 148 Staaten an.¹³²⁰ Das TRIPS-Abkommen ist ein eigenes, in sich geschlossenes Vertragswerk, welches sich in den Rahmen des WTO-Abkommens einfügt und damit dessen allgemeinen Regeln, wie z.B. über die Mitgliedschaft, unterliegt. Das Abkommen hat ausweislich der Präambel die Absicht, Verzerrungen und Behinderungen des Internationalen Handels zu verringern. Weitere Ziele sind die Eindämmung des weltweiten Protektionismus, die Handelsliberalisierung auch auf Dienstleistungen, die Gewährleistung materieller Mindestnormen für den Schutz geistiger Eigentumsrechte auch durch Länder, die bislang hierzu nicht verpflichtet waren.¹³²¹ Anders als im GATT werden explizit die einzelnen gewerblichen Schutzrechte einbezogen. Das Abkommen umfasst daher Urheberrechte, eingetragene Marken, Geschmacksmuster, Patente, den Schutz von Geschäftsgeheimnissen sowie die Kontrolle wettbewerbswidriger Praktiken in vertraglichen Lizenzen. Jedoch wurden die nicht-förmlichen Kennzeichenrechte, also bspw. die Firma, sonstige Unternehmenskennzeichen oder Marken mit Verkehrsgeltung nicht mit integriert. Hier gewährt lediglich Art. 8 PVÜ einen Mindestschutz der Firma.

¹³¹⁸ Zur genauen Vorgeschichte: Faupel, GATT und geistiges Eigentum, GRUR-Int. 1990, 255 ff.

¹³¹⁹ Beschlossen am 15. April 1994; Englischer Text sowie Einzelheiten zur Entstehungsgeschichte des Abkommens in GRUR- Int 1994, 128; amtlicher deutscher Text in BGBl. 1994 II, S. 1830.

¹³²⁰ Stand: 29. April 2004, www.transpatent.com.

¹³²¹ Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum Übereinkommen vom 15. April 1994 zur Errichtung der Welthandelsorganisation, BT-Ds. 12/7655, A. (S. 1).

Der generelle Schutzzumfang im Verhältnis zur PVÜ richtet sich nach Art. 2 TRIPS. Er lässt sich salopp als „Paris plus“ bezeichnen¹³²², da alle materiellrechtlichen Vorschriften der PVÜ in das neue Abkommen einbezogen wurden und für die Teilnehmer obligatorisch sind. Der Schutzzumfang wird gemeinhin als „sehr hoch“ bezeichnet, was für ein internationales Abkommen, bei dessen Abschluss eine Vielzahl von Interessen berücksichtigt werden müssen, ungewöhnlich ist. Neben der Schaffung international verbindlicher Mindeststandards zum materiellen Schutz des geistigen Eigentums – Teil II, Abschnitt 2, Art. 15 bis 21¹³²³ – wurden erstmals auch Regelungen zur Rechtsdurchsetzung aufgenommen, nämlich im Teil III (Art. 41 bis 61 – Enforcement of Intellectual Property Rights). Dadurch werden die Mitgliedsstaaten verpflichtet, Vorschriften zur Durchsetzung der materiell gewährten Rechte zu schaffen und wirksam gegen die Verletzungen der unter TRIPS fallenden Rechte vorzugehen. Insofern ist das Abkommen eine Besonderheit zu den sonstigen internationalen Vereinbarungen, die die Durchsetzung von Schutzrechten bislang weitgehend den Mitgliedsstaaten überließen.¹³²⁴

Im Einzelnen werden zunächst allgemeine Pflichten wie die Gewährleistung von grundlegenden Verfahrensgarantien oder die gerichtliche Nachprüfbarkeit von Entscheidungen festgeschrieben. Daneben wurde aber auch die Pflicht aufgenommen, geeignete Rechtsbehelfe im Zivil, Verwaltungs- und Strafverfahren zu schaffen. So haben die Mitglieder nach Art. 44 Unterlassungsanordnungen vorzusehen und müssen bei Vorsatz oder Fahrlässigkeit auch die Verpflichtung zum Schadensersatz anerkennen, Art. 45. Gemäß Art. 46 können Waren mit unberechtigter Markenbezeichnung im Wege der Einziehung oder Beseitigung aus dem Verkehr gezogen werden, soweit dies die verfassungsmäßigen Grenzen nicht überschreitet.¹³²⁵

2. *Markenstrafrecht im TRIPS-Abkommen*

Ein wichtiges Ziel der Verhandlungen war es, den Handel mit gefälschten Waren möglichst weltweit zu unterbinden. Daher wurde in Fußnote 14 zu Art. 51 eine Definition der Begriffe „counterfeit trademark goods“ und „pirated copyright goods“ vorgenommen. Erstere werden definiert als

¹³²² Kur, TRIPS und das Markenrecht, GRUR Int. 1994, 987 (989).

¹³²³ Diese Bestimmungen sind weitgehend der MRRL nachgebildet, so dass sich das europäische Markenrecht weltweit als Mindeststandard durchgesetzt hat, Fezer, MarkenR, 2. Teil, A. I. 3. c) (2), (S. 1956), ebenso Gesetzesentwurf der Bundesregierung, aao, S. 335.

¹³²⁴ Dazu ausführlich Dreier, TRIPS und die Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums, GRUR-Int. 1996, 205 (206).

¹³²⁵ Zu den einzelnen Artikeln und auch zur Grenzbeschlagnahme nach TRIPS: Dreier, aaO, 211 ff.

„Waren einschließlich Verpackungen, auf denen unbefugt eine Marke angebracht ist, die mit einer rechtsgültig für solche Waren eingetragenen Marke identisch ist oder die sich in ihren wesentlichen Merkmalen nicht von einer solchen unterscheiden lässt und die dadurch nach Maßgabe des Rechts des Einfuhrlands die Rechte des Inhabers der betreffenden Marke verletzt.“

Im Hinblick auf die national geltenden Strafvorschriften bei Markenverletzungen enthält Art. 61¹³²⁶ die Verpflichtung der Mitgliedsstaaten, bei vorsätzlicher Nachahmung von Markenwaren oder Urheberrechtsverstößen in gewerbsmäßigem Umfang Strafverfahren vorzusehen. Die Sanktionen sollen zur Abschreckung Haft- und/oder Geldstrafen entsprechend dem Strafmaß, welches auf entsprechend schwere Straftaten anwendbar ist, umfassen. In geeigneten Fällen sollen die Sanktionen auch die Beschlagnahme, die Einziehung und die Vernichtung der Waren sowie des Materials und der Werkzeuge der Tat, sofern sie „überwiegend“ zur Herstellung der rechtsverletzenden Waren verwendet wurden.

Zwar erscheinen diese Verpflichtungen zunächst als recht abstrakt und allgemein, jedoch wird durch die Auferlegung eines Mindeststandards auf jeden Fall eine – im Bereich des Strafrechts aufgrund der nationalen Befindlichkeiten besonders schwer durchsetzbare – Harmonisierung erreicht, die nicht zu unterschätzen ist. Des Weiteren definiert Art. 61 einige Rahmenbedingungen für die Strafbarkeit von Markenverletzungen, in dem bspw. ein Tatbestandsmerkmal des „gewerbsmäßigen Umfangs“ eingeführt wird. Auch die Einbeziehung von Umschreibungen der „ausreichenden“ Haft- und/oder Geldstrafen sowie der Regelung des mit „entsprechend schweren Straftaten“ vergleichbaren Strafmaßes bringt den Mitgliedsstaaten weitere Anhaltspunkte bei der Formulierung Ihrer Straftatbestände zum Schutz von gewerblichen Schutzrechten.

Aufgrund der Tatsache, dass die verpflichtenden Regelungen zur Rechtsdurchsetzung nach überwiegender Ansicht nicht unmittelbar anwendbar sind, muss ggf. eine Anpassung der nationalen Rechtsordnungen erfolgen. Dies gilt erst recht für die das Strafrecht betreffende Norm des Art. 61 TRIPS, welche schon vom Wortlaut unmittelbar nur an die Mitglieder gerichtet ist. Die Mitgliedsstaaten müssen somit erst die betreffenden Verfahren und Strafen schaffen, um den strafrechtlichen Schutz zu gewährleisten. Diesbezüglich bestand in Deutschland zunächst keine Veranlassung, das nationale Markenrecht anzupassen. Nach Ansicht der Bundesregierung wurden alle Vorgaben bereits vor Inkrafttreten des TRIPS-Abkommens verwirklicht. Dies gelte erst recht für den strafrechtlichen Bereich, wo die existierenden Vorschriften der §§ 143 bis 151 MarkenG bzw. die entsprechenden Normen der weiteren Schutzgesetze deutlich über die geforderten Standards hinausgehen. Als neueste, u.a. auf Art. 61 TRIPS beruhende gesetzgeberi-

¹³²⁶ Abgedruckt in Anhang 1, K.

sche Maßnahme kann die Einführung des § 143a MarkenG gesehen werden, der die Strafbarkeit der vorsätzlichen Verletzung einer Gemeinschaftsmarke festschreibt.¹³²⁷

Gleichwohl wird in diesem Zusammenhang von einigen Autoren die Frage gestellt, ob trotz der existierenden Straftatbestände die seltene Anwendung der möglichen Sanktionen bzw. die oftmalige Einstellung der Verfahren durch die Staatsanwaltschaft¹³²⁸ dem Gebot der „abschreckenden Sanktionen“ des Art. 61 TRIPS Rechnung trägt.¹³²⁹ Dem soll im abschließenden 7. Kapitel nachgegangen werden.

D. Strafbarkeit von Kennzeichenverletzungen in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union

I. Allgemeines

Bis auf Luxemburg bestehen in allen Ländern der Europäischen Union Strafvorschriften, welche die vorsätzliche Verletzung von Kennzeichenrechten sanktionieren. Dabei ist der Schutz teilweise nicht im Kennzeichenrecht, sondern dem jeweiligen Strafgesetzbuch geregelt. Im Folgenden sollen exemplarisch die kennzeichenrechtlichen Strafvorschriften der einzelnen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union der 15 nebst etwaigen nationalen Besonderheiten dargestellt werden (dazu II. bis XIII.).¹³³⁰ Anschließend erfolgt ein kurzer Vergleich der Strafvorschriften, die die europaweit übliche Einschätzung des Unrechtsgehalts von Markenverletzungen erkennen lässt (dazu XIV.)

Vergleichbar der Rechtspraxis in Deutschland wird aber auch in den anderen Mitgliedsstaaten das zur Verfügung stehende strafrechtliche Instrumentarium nicht effektiv ausgenutzt. So bleiben die tatsächlich verhängten Strafen meist hinter den gesetzlich verankerten Möglichkeiten zurück. Dies geht einher mit den im 5. Kapitel bereits erläuterten Erkenntnissen der EU-Kommission aus ihrem aus dem Jahre 1998 stammenden Grünbuch zur Bekämpfung von Nachahmungen und Produkt- und Dienstleistungspiraterie im Binnenmarkt. Danach wurde zwar das Strafmaß für Schutzrechtsverletzungen in fast allen Ländern in den letzten Jahren erhöht, jedoch existiert nach wie vor eine sehr große Differenz zu den tat-

¹³²⁷ Fezer, MarkenR, § 143a, RN 2.

¹³²⁸ Vgl. dazu 5. Kapitel C. und D. III. 4.

¹³²⁹ Diese Frage stellte schon Dreier in: TRIPS und die Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums, GRUR Int. 1996, 205 (216) FN 93; auch Harte-Bavendamm, Handbuch der Markenpiraterie in Europa, § 2, B., RN 16.

¹³³⁰ Zur Rechtslage in der Schweiz vgl. Ekey/Klippel, MarkenR, III. Teil, 11. RN 67 – 70.

sächlich verhängten Strafen. Insofern bestehe die Gefahr, dass sich Markenverletzer zur Produktion oder zum Import der schutzrechtsverletzenden Waren denjenigen Staat mit der geringsten Verfolgungsintensität aussuchen. Soweit verfügbar, soll nachfolgend auch ein kurzer Abriss der tatsächlichen Anwendung des Markenstrafrechts in den verschiedenen Ländern gegeben werden.

II. Benelux-Staaten

Belgien, die Niederlande und Luxemburg haben am 1. März 1962 das Benelux-Warenzeichenabkommen unterzeichnet. Anlage dieses Abkommens war das Beneluxwarenzeichengesetz¹³³¹, welches von den Staaten in nationales Recht umgesetzt werden musste. Das nunmehr vereinheitlichte Markenrecht regelt in den Art. 13, 13bis, 14 und 14bis BMW umfassend die Rechte des Markeninhabers. Eine strafrechtliche Sanktionierung von Verletzungshandlungen ist jedoch nicht vorgesehen. Dies wird den nationalen Rechtsordnungen überlassen, denen auch die Kompetenz zur Strafverfolgung zukommt.

1. *Niederlande*

In den Niederlanden wird die Strafbarkeit von Markenverletzungen in Art. 337 des niederländischen Strafgesetzbuchs¹³³² geregelt. Danach wird derjenige, der

- a) falsche, verfälschte oder unrechtmäßig hergestellte Marken,
- b) Handelswaren oder deren Verpackung, die eine falsche Marke oder Handelsnamen eines Dritten tragen,
- c) Handelswaren, die fälschlich eine Herkunftsangabe, den Namen eines bestimmten Ortes und zu denen ein Handelsname hinzugefügt wurde, tragen,
- d) Handelswaren oder deren Verpackung, die eine, wenn auch geringfügige, Nachahmung, eines Handelsnamens oder einer Marke eines Dritten tragen,

importiert, anbietet, vertreibt, umsonst abgibt oder zum Zweck des Verkaufs oder der Abgabe bevorrätet, mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft, Art. 337 Abs.1 a) bis d) niederl. StGB. Sofern der Verletzung gewerbs-

¹³³¹ Einheitliches Benelux-Markengesetz (BMW) vom 1. Januar 1971, in der Fassung nach dem Änderungsprotokoll vom 2. Dezember 1992; in Kraft getreten am 1. Januar 1996; GRUR Int. 1997, 29 ff.

¹³³² Wetboek van Strafrecht vom 3. März 1881, in der Fassung vom 2. April 2002.

mäßig erfolgt ist, beträgt die Strafe Freiheitsstrafe bis zu vier Jahren oder Geldstrafe, Art. 337 Abs. 3. Dies gilt auch dann, wenn die Verletzungshandlung nach Abs. 1 eine allgemeine Gefahr für Personen oder Eigentum mit sich bringen kann, Art. 337 Abs. 4. Die Strafbarkeit tritt dagegen nicht ein, wenn die einzelnen markenverletzenden Waren bzw. deren Verpackung ausschließlich für den eigenen Gebrauch vorrätig gehalten werden, Art. 337 Abs. 2.

Während diese Vorschriften dem 25. Titel (Art. 326 bis 339) und somit den Betrugsvorschriften zugeordnet wurden, kann eine Bestrafung auch nach Art. 7 des Handelsnamengesetzes¹³³³ erfolgen. Danach kann derjenige, der einen Handelsnamen widerrechtlich benutzt, mit einer Geldstrafe bestraft werden.

2. *Belgien*

In Belgien wird die Strafbarkeit von Markenverletzungen noch nach dem Teilen des Markengesetzes vom 1. April 1879 geregelt, dessen Art. 8 bis 15 weiterhin gelten.¹³³⁴ Danach wird mit Freiheitsstrafe von acht Tagen bis sechs Monaten und einer Geldstrafe von EUR 130 bis EUR 10.000¹³³⁵ oder einer der beiden Strafen bestraft, wer eine Marke nachahmt oder in betrügerischer Weise, ggf. auch durch Veränderung, Unterdrückung oder durch Zusätze, benutzt. Art. 8 A und B. Gleiches gilt für den Verkauf oder das In Verkehr bringen von kennzeichenverletzender oder in betrügerischer Weise benutzter Ware, Art. 8 C. Sofern die Tat des Art. 8 A. bis C. in den letzten fünf Jahren schon einmal begangen wurde, erhöht sich das Strafmaß auf Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr oder Geldstrafe von bis zu EUR 20.000. Eine Verurteilung kann veröffentlicht werden, Art. 13.

Die Strafverfolgung kann nur nach Stellung eines Strafantrags durch eine Privatperson erfolgen. Soweit weitere Personen an der Tat beteiligt waren oder dazu Hilfe geleistet haben, können sie ebenfalls bestraft werden, Art. 9. Der Strafrichter kann die Frage der Gültigkeit der verletzten Marke prüfen, im Zweifel durch Sachverständigengutachten. Schließlich ist auch in Belgien die Strafverfolgung juristischer Personen möglich.

Dieses sehr alte Gesetz wird momentan überarbeitet und es soll schon bald ein moderneres und in seinem Strafmaß schärferes Gesetz verabschiedet werden. Nach Auskunft der belgischen Vereinigung „OCSC“ (Organe Central pour la Saisie et la Confiscation) werden gleichwohl die bestehenden Vorschriften regelmäßig in Fällen angewendet, in denen nachgeahmte Güter über die Landesgrenzen geschmuggelt werden. Dies geschieht vor allem im Hafen von Antwerpen und am

¹³³³ Handelsnaamwet vom 5. Juli 1921, Stb. 1921, 842 i.d.F. vom 1. April 1996.

¹³³⁴ Loi du 1er Avril 1879 concernant les marques de fabrique et de commerce, IdF. vom 1. April 1974.

¹³³⁵ Wobei das ursprüngliche Strafmaß nunmehr mit dem Faktor fünf multipliziert wird.

Brüsseler Flughafen. Überwiegend werden die bei Kontrollen aufgefundenen gefälschten Waren beschlagnahmt und später vernichtet, Art. 12.

3. *Luxemburg*

In Luxemburg ist das Benelux-Warenzeichenabkommen seit dem 1. Januar 1971 anwendbar, es gilt somit das gemeinsame Markenrecht. Da dies jedoch keine Strafvorschriften enthält, wurde in der Vergangenheit kontrovers diskutiert, ob die 1833 eingeführten Strafvorschriften zum Schutz von Marken auch nach Erlass des Gesetzes von 1966 weiterhin Geltung haben sollen. Nach nunmehr abschließender gerichtlicher Entscheidung wird ausgegangen, dass im Markenrecht bis zu einer Neuregelung keine Strafvorschriften mehr existieren.¹³³⁶ Es ist jedoch seit geraumer Zeit geplant, ein entsprechendes Gesetz einzubringen, um das luxemburgische Recht den internationalen Verpflichtungen anzupassen.¹³³⁷

Ungeachtet dessen kann die Nachahmung bestimmter Kennzeichen strafrechtlich geahndet werden, nämlich nach den Vorschriften des luxemburgischen Strafgesetzbuchs.¹³³⁸ So wird im 3. Titel, 3. Kapitel, Art. 179 ff. die Nachahmung oder Fälschung von Siegeln, Briefmarken Stempel und Marken sanktioniert. Danach kann der Verletzer eines Handels- oder Firmennamens nach Art. 191 cp mit Freiheitsstrafe von einem Monat bis sechs Monaten und/oder mit Geldstrafe von EUR 251 bis EUR 5000,00 bestraft werden.

III. **Dänemark**

Das Markenrecht in Dänemark beruht auf der Markenrichtlinie (MRRL), das dän. MarkenG¹³³⁹ ist somit vollständig europäisiert. Die Strafbarkeit von Kennzeichenverletzungen wird in § 42 dän. MarkenG geregelt. Danach wird die vorsätzliche Verletzung einer eingetragenen oder durch Benutzung entstandenen Marke mit Geldstrafe bestraft. Beim Vorliegen besonders erschwerender Umstände, insbesondere wenn der Verstoß in der Absicht erfolgt ist, einen bedeutenden und offenbar rechtswidrigen Gewinn zu erzielen, kann die Strafe auf Freiheitsentzug bis zu einem Jahr angehoben werden, § 42 Abs. 1 S. 2 dän. MarkenG. Eine Strafbarkeit kommt auch für juristische Personen in Betracht, § 32 Abs. 3 dän. MarkenG i.V.m. Kap. 5 des dän. StGB.

¹³³⁶ Tribunal d'arrondissement Luxembourg vom 24. Juni 1987, LJUS 98710712.

¹³³⁷ Bericht der luxemburgischen Landesgruppe der AIPPI bei der Jahrestagung in Lissabon im Jahre 2002, Q 169 - Criminal law sanctions with regard to the infringement of intellectual property rights.

¹³³⁸ Le code pénal luxembourgeois (cp), vom 16. Juni 1879.

¹³³⁹ Lov om varemærker (dän. MarkenG) - Gesetz Nr. 341 vom 6. Juni 1991, in Kraft seit 1. Januar 1992; GRUR Int. 1994, 1004 ff.

Bei Vorliegen des Grundtatbestands muss das Verfahren durch den Betroffenen eingeleitet werden, § 42 Abs. 2 S. 1 dän. MarkenG. Ansonsten werden Ermittlungsverfahren nach entsprechendem Strafantrag des Betroffenen von der Staatsanwaltschaft initiiert.

Nach Ansicht der dänischen Landesgruppe der internationalen Vereinigung zum Schutz der gewerblichen Schutzrechte AIPPI fällt die tatsächliche Sanktionierung von Markenverletzungen in Dänemark recht moderat aus. Insbesondere ist ihr keine Verhängung von Freiheitsstrafen bekannt geworden. Auch Geldstrafen würden relativ niedrig ausfallen, bspw. wurde eine maximal bekannte Strafe von ca. EUR 6.650 angegeben.¹³⁴⁰

IV. Finnland

Im finnischen Markenrecht kann die vorsätzliche Verletzung eines Kennzeichenrechts auf drei verschiedene Arten sanktioniert werden. Die Vorschriften richten sich dabei nur an natürliche Personen, eine strafrechtliche Haftung von Unternehmen ist nicht vorgesehen.

Als schwerste Form der Sanktion sieht Kapitel 49 § 2 des Strafgesetzbuchs¹³⁴¹, sog. „Industrial Right Offence“, u.a. für den Fall der Verletzung einer Marke in einer Art, die beträchtlichen finanziellen Schaden beim Schutzrechtsinhaber verursacht, Geldstrafe oder Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren vor. Weitere Voraussetzung der Anwendung dieses Tatbestands ist die absichtliche Handlungsweise des Täters.

Sofern diese Absicht nicht vorliegt oder nicht nachgewiesen werden kann, können subsidiär die Tatbestände der einzelnen Schutzgesetze zur Anwendung kommen. Für den Fall der vorsätzlichen Verletzung des Rechts eines Markeninhabers ist eine Verurteilung zu einer Geldstrafe wegen „Markenübertretung“ (Violation of a right to a trade mark) möglich, § 39 Abs. 1 finn. Markenrecht.¹³⁴² Voraussetzung der Bestrafung ist, dass der Täter die widerrechtlich gekennzeichneten Waren ohne Einwilligung des Berechtigten importiert oder in den Verkehr bringt. Daneben muss die von ihm verwendete Marke im geschäftlichen Verkehr verwendet werden und verwechselbar ähnlich zum geschützten Zeichen sein.

¹³⁴⁰ Bericht der dänischen Landesgruppe beim Lissabonner Meeting 2002 zu Frage Q169 „Criminal law sanctions with regard to the infringement of intellectual property rights“. Im Internet unter , www.aippi.org, abrufbar. Zu diesen Berichten und der Entschließung der AIPPI vgl. 7. Kapitel C. I.

¹³⁴¹ Finn. Strafgesetzbuch Nr. 578 vom 21. April 1995.

¹³⁴² Tavaramerkkilaki (finn. Markengesetz) Nr. 1964/7 vom 10. Januar 1964, i.d.F. vom 21. Januar 2000; abgedruckt in GRUR Int. 1996, 1017 ff.; Engl. Übersetzung auf der Website des finn. Patentamts, www.prh.fi.

Die Höhe der Geldstrafe orientiert sich stets am Gewinn des Verletzers, weshalb kein Strafraum vorgegeben wird. Neben der Geldstrafe kann Kompensation für die Benutzung (Art. 38 finn. MarkenG) oder Beseitigung der falschen Kennzeichnung auf der Ware bzw. deren Vernichtung angeordnet werden (Art. 41 finn. MarkenG).

Vergehen nach dem Markenrecht können vom Staatsanwalt nicht selbstständig zur Anklage gebracht werden, wenn der Betroffene keine Anzeige gestellt hat, § 39 Abs. 2 finn. MarkenG. Als Nebenstrafe kann das Gericht die Entfernung der rechtsverletzenden Kennzeichnungen anordnen. Sofern dies nicht möglich ist, ist die Zerstörung der Waren zu verfügen, § 41 Abs. 1 S. 1 und 2 finn. MarkenG.

Dritte Möglichkeit der Strafverfolgung ist die vorsätzliche Verletzung von Unternehmenskennzeichen nach § 22 des Gesetzes zum Schutz von Firmennamen¹³⁴³, welche mit Geldstrafe geahndet wird. Eine vorrangige Verfolgung nach dem StGB ist hier nicht möglich. Die praktische Bedeutung dieser Vorschrift soll jedoch gering sein, alle bislang bekannten Fälle betrafen Zivilverfahren. Auch insgesamt sind die finnischen Rechtsanwender der Auffassung, dass Strafverfahren im Bereich von Marken- und Urheberrechtsverletzungen zwar mittlerweile häufiger durchgeführt werden, die Sanktionen in den immaterialgüterrechtlichen Fällen aber niedriger sind als bei „normalen Strafverfahren“.¹³⁴⁴

V. Frankreich

Das französische Markengesetz¹³⁴⁵ wurde 1992 in den neu geschaffenen Code de la propriété intellectuelle¹³⁴⁶ integriert. Die Strafbarkeit von vorsätzlichen oder fahrlässigen Markenverletzungen – sog. contrefaçon des marques – wird nunmehr umfassend im 7. Buch in den Art. L. 716-9 bis L. 716-14 cpi geregelt. Ähnlich wie in Deutschland mit dem Produktpirateriegesetz nahm man 1994 sowie 2004 eine Verschärfung der strafrechtlichen Tatbestände vor. Damit wollte man auch in Frankreich erreichen, die Bekämpfung von Markenverletzern durch Beschlagnahmeregeln, Erhöhung der Strafen und der Befugnisse des Zolls effektiver zu gestalten.

¹³⁴³ Das finnische „Trade Names Act“ (No. 128) aus dem Jahre 1979 schützt sowohl Handelsnamen als auch Unternehmenskennzeichen.

¹³⁴⁴ Bericht der finn. Landesgruppe der AIPPI beim Lissabonner Meeting 2002 zu Frage Q169 „Criminal law sanctions with regard to the infringement of intellectual property rights“. Im Internet unter www.aippi.org, abrufbar.

¹³⁴⁵ Loi des marques; Gesetz Nr. 91-7 vom 4. Januar 1991, in Kraft seit 28. Dezember 1991; jetzt als Buch VII, Art. L. 711-1 ff., Bestandteil des Code de la propriété intellectuelle (cpi).

¹³⁴⁶ Vom 1. Juli 1992, Gesetz Nr. 92-597, vom 3. Juli 1992, S. 8801, Deutsche Übersetzung in Schricker, Die Neuordnung des Markenrechts in Europa, 5. (S. 329 ff.).

Wichtigster Tatbestand zur Bekämpfung der Produktpiraterie ist dabei Art. L. 716-9 cpi. Diese Vorschrift wurde durch das Gesetz No. 2004-204 vom 9. März 2004 geändert, wobei neben einer Neuformulierung des Tatbestands insbesondere das Strafmaß angehoben wurde. Nunmehr wird mit Gefängnis bis zu vier (vormals zwei) Jahren oder mit Geldstrafe bis zu EUR 400.000 (ehedem 1.000.000 FF = EUR 152.450) bestraft, wer

in der Absicht des Verkaufs, des Beschaffens, des Verkaufs oder Verleihs mit einer nachgeahmten Marke versehene Waren

a) ohne zu verzollen einführt, ausführt, wiedereinführt, oder umlädt;

b) gewerbsmäßig herstellt ;

c) Anordnungen oder Anweisungen zur Begehung von Handlungen nach a) und b) gibt.

Darüber hinaus wird nach dem ebenfalls am 9. März 2004 geänderten Art. L. 716-10 a) und b) cpi auch derjenige bestraft, der – ohne Vorliegen der oben genannten Absichten – unberechtigt mit einer nachgeahmten Marke versehene Waren besitzt, ein- oder ausführt, verkauft oder zum Verkauf anbietet. Gleiches gilt nach Art. 716-10 c) cpi im Fall der rechtsverletzenden Nachahmung, Imitation, Benutzung, des Anbringens, der Unterdrückung oder Veränderung einer Marke, Kollektivmarke oder Gewährleistungskollektivmarke. Schließlich wird in Absatz d) des Art. L 716-10 cpi das wissentliche Ausliefern eines Produkts oder das Erbringen einer Dienstleistung unter anderen als den von der verletzten Marke beanspruchten Waren und Dienstleistungen bestraft. Die Strafe beträgt in diesen Fällen drei Jahre Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bis zu EUR 300.000.

Sofern die beiden Delikte des Art. L 716-9 und des Art. L 176-10 in einer organisierten Bande begangen werden, beträgt die Strafe fünf Jahre Gefängnisstrafe und Geldstrafe von bis zu EUR 500.000, Art. L 716-9 a.E cpi. Eine französische Besonderheit ist die pauschale Verdopplung der Strafen bei rückfälliger Begehung innerhalb von fünf Jahren oder in den Fällen, in denen der Täter vertraglich mit dem Verletzten verbunden ist oder war, Art. L. 716-12 cpi.

Als Nebenstrafen kommen in Betracht die Schließung des Ladenlokals nach Art. 716-11-1 cpi, die Veröffentlichung des Urteils nach Art. 716-13 cpi und die Einziehung der Waren sowie der Gegenstände, die zur Begehung der Straftat gedient haben, Art. L. 716-14 cpi. Schließlich zieht jede strafbare Handlung wegen unzulässiger Nachahmung zivilrechtliche Schadensersatzpflichten nach sich, Art. L. 716-1 cpi.

Neben natürlichen Personen können auch juristische Personen für strafrechtlich verantwortlich erklärt werden. Sie werden im Falle der Verurteilung gem. Art. L.

716-11-2 cpi zu Geldstrafe bis zu FF 5.000.000 (EUR 762.245) oder zu einer der in Art. 131-39 Nr. 1 – 9 frz. StGB genannten Strafen¹³⁴⁷ verurteilt.

Ein Strafverfahren wird auch in Frankreich ganz überwiegend durch Strafanzeige eingeleitet. Alternativ kann eine Schadensersatzklage beim zuständigen Strafrichter angestrengt werden. Dieser übernimmt dann zu sehr geringen Kosten die Ermittlungen.¹³⁴⁸ Zu erwähnen bleibt die in Fällen der Nachahmung häufig beantragte Möglichkeit der vorläufigen Beschlagnahme der Waren, sog. saisie contrefaçon, Art. L. 716-7 cpi. Um diese beim Tribunal de Grande Instance (Landgericht) zu beantragende Beschlagnahme aufrecht zu erhalten, muss der Antragsteller innerhalb von 15 Tagen ein Zivil- oder Strafverfahren einleiten. Alternativ kann eine amtliche Sachverhaltsaufnahme durch einen Huissier (Vollstreckungsbeamter/Gerichtsvollzieher) verlangt werden.¹³⁴⁹

Trotz dieser umfangreichen strafrechtlichen Regelungen sollen im Jahr 2000 in Frankreich nur ca. 100 Strafverfahren geführt worden sein, wobei gleichzeitig von etwa 2.000 zivilrechtlichen Klageverfahren berichtet wird. Vergleichbar der deutschen Praxis ist das Strafverfahren bei Markenverletzungen zudem bei den Rechts- und Staatsanwälten nicht beliebt. Dies soll zum Teil auch an der langen Verfahrensdauer von bis zu zwei Jahren bis zu einem Urteil gegenüber einem zivilgerichtlichen Schnellverfahren von eineinhalb Monaten liegen.¹³⁵⁰

VI. Griechenland

Im griechischen Markenrecht¹³⁵¹ wird die Strafbarkeit von Markenverletzungen durch Art. 28 umfassend geregelt. Danach wird jeder, der a) eine Marke verändert oder wissentlich eine veränderte Marke benutzt, b) bewusst eine ihm nicht zustehende Marke auf Waren anbringt, c) ohne eine Veränderung vorzunehmen eine Marke ganz oder teilweise in der Absicht nachahmt, die Käufer zu täuschen oder wissentlich eine solche Marke benutzt, oder d) wissentlich mit einer nachgeahmten oder veränderten Marke versehenen Waren verkauft oder vertreibt, mit Freiheitsstrafe von mindestens drei Monaten oder mit Geldstrafe von mindestens EUR 587 bestraft. Mit der gleichen Strafe wird gegen denjenigen verhängt, der

¹³⁴⁷ Bspw. Auflösung der Gesellschaft, Berufsverbot bis zu fünf Jahren oder Stellung unter gerichtliche Aufsicht.

¹³⁴⁸ Goutal, Die strafrechtliche Verfolgung von Markenverletzungen in Frankreich, Symposium on Enforcement of Intellectual Property Rights and Patent Litigation, GRUR Int. 2002, 30 (34).

¹³⁴⁹ Ekey/Klippel, Markenrecht, III. Teil, 3. Frankreich, RN 68.

¹³⁵⁰ Goutal, Die strafrechtliche Verfolgung von Markenverletzungen in Frankreich, Symposium on Enforcement of Intellectual Property Rights and Patent Litigation, GRUR Int. 2002, 30 (34).

¹³⁵¹ Nomos peri sematon (gr. MarkenG) Nr. 2239/1994, in Kraft seit 1. November 1994; GRUR Int. 1995, 886.

eine Marke für fremde Waren benutzt, Art. 28 e) i.V.m. Art. 19, oder Hoheitszeichen, Wappen des griechischen Staates oder anderer Behörden, sowie religiösen Zeichen widerrechtlich verwendet, Art. 28 f) gr. MarkenG.

In Verbindung mit den Vorschriften der Art. 53 und 57 des gr. Strafgesetzbuch beträgt der Strafrahmen der Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren, Geldstrafen können zwischen den im MarkenG erwähnten EUR 578 (ehemals GRD 200.000) und EUR 14.674 (GRD 5.000.000) festgesetzt werden. Der Richter entscheidet über die Verhängung von Geld- oder Freiheitsstrafe, er kann auch beide Strafarten anordnen.

Gemäß Art. 28 Abs. 2 gr. MarkenG gelten die soeben dargestellten Vorschriften auch für Dienstleistungsmarken. Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt, im Falle der rechtsverletzenden Benutzung von Hoheitszeichen etc. wird sie auch von Amts wegen verfolgt, Art. 29 gr. MarkenG. Die Strafsanktionen gelten im Übrigen nur für die Verletzung von eingetragenen Marken, der Schutz nicht eingetragener Kennzeichen ist umstritten. Nach h.M. kann ein Kennzeichen, welches die Funktion einer Marke hat und nicht angemeldet oder eingetragen wurde, als Ausstattung nach Art. 13 Abs. 3 gr. UWG geschützt werden.¹³⁵²

In der Praxis werden nach Auskunft eines griechischen Rechtsanwaltskollegen die maximal möglichen Strafen nie erreicht. Zwar habe sich die Literatur auch in Griechenland in der Vergangenheit häufig mit der zunehmenden Wirtschaftskriminalität befasst, das Markenrecht habe jedoch keine vergleichbare Aufmerksamkeit erfahren.

VII. Irland

Die Strafbarkeit von Markenverletzungen wird in Irland durch Sec. 92 „Fraudulent application or use of trade mark in relation to goods“ des irischen Markengesetzes¹³⁵³ erfasst. Danach werden umfassend vorsätzliche Markenverletzungen, nämlich bspw. der Verkauf, die Vermietung, das Anbieten oder das Vertreiben von Waren mit einem zu einer Marke identischen oder nahezu ähnlichen Zeichen, im summarischen Verfahren mit Geldstrafe bis zu EUR 1.270 (ehemals £ 1.000) oder mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten – oder beidem, Sec. 92 Abs. 4 a) TMA – bestraft. Auch der Besitz von mit einem zu einer Marke identischen oder ähnlichen Zeichen versehenen Waren in der Absicht es einem anderen zu ermöglichen oder dabei zu helfen, eine der Handlungen des Abs. 1 zu begehen ist strafbar, wenn der Besitzer wusste oder hätte wissen müssen, dass der andere nicht zur Benutzung der Marke für diese Waren berechtigt war.

¹³⁵² Ekey/Klippel, Markenrecht, III. Teil, 4. Griechenland, RN 21.

¹³⁵³ Trade Marks Act 1996 (TMA) vom 16. März 1996, in Kraft seit 1. Juli 1997.

In subjektiver Hinsicht verlangt die Bestrafung, dass der Täter durch die Tat etwas für sich oder einen Dritten erlangen wollte, oder aber mit dem Vorsatz handelte, einen Schaden („loss“) für einen anderen herbeizuführen, Sec. 92 Abs. 3 TMA. Dies soll leicht nachgewiesen werden können, wenn der Täter die Tat im Rahmen der Ausübung eines Gewerbes vorgenommen hat.

In besonders schweren Fällen – im Verfahren vor dem Schwurgericht – wird die Markenverletzung mit Geldstrafe bis zu EUR 127.000 (£ 100.000) oder Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder beidem, Sec. 92 Abs. 4 b) TMA, geahndet. Andere Abschnitte des TMA regeln Anordnungen des Gerichts in Bezug auf Durchsuchungen oder Beschlagnahmen durch die Polizei. Der Aufbau dieser Regelungen ist an die im Vereinigten Königreich geltenden Vorschriften angelehnt, weshalb auf die Ausführungen unter XII. verwiesen wird.

Über die praktische Anwendung und Häufigkeit von Strafverfahren konnte die irische Landesgruppe der AIPPI nichts berichten. Nach Auskunft einiger dazu befragter Rechtsanwaltskollegen haben die Fälle in den vergangenen Jahren zugenommen; dies einhergehend mit der Ansiedlung multinationaler Konzerne in Irland. Genaue Daten konnten jedoch nicht genannt werden.

VIII. Italien

Im italienischen Recht wird die Strafbarkeit von Markenverletzungen nicht im Markengesetz¹³⁵⁴, sondern im Strafgesetzbuch geregelt. So wird nach Art. 473 cp¹³⁵⁵ das Nachahmen, Verfälschen oder Verwenden von in- oder ausländischen Marken oder Unterscheidungszeichen für geistige Schöpfungen oder gewerbliche Erzeugnisse bestraft. Der Verstoß kann mit Geldstrafe bis zu EUR 2.066 (ehemals Lire 4.000.000) und/oder mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren geahndet werden. Die Vorschrift soll eine betrügerische Handlung im Hinblick auf die Veränderung oder Verletzung der fraglichen Zeichen oder Marken voraussetzen.¹³⁵⁶

Strafbar ist nach Art. 474 cp auch die Einfuhr von Erzeugnissen mit falschen oder nachgeahmten Zeichen bzw. der Handel mit ihnen, sofern die Einfuhr zum Zwecke des Handelns oder zum In-Umlauf-bringens geschieht. Das Strafmaß beträgt hier ebenfalls Geldstrafe bis zu EUR 2.066 oder Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren.

¹³⁵⁴ Legge Marchi Italiana (Im) - Königliche Gesetzesverordnung Nr. 929 vom 21. Juni 1942 in der Fassung der Verordnung Nr. 480/1992, in Kraft seit 28. Dezember 1992; GRUR Int. 1994, 218 ff., geändert durch Verordnung Nr. 198/1996 vom 13. März 1996.

¹³⁵⁵ Codice penale (cp), Gesetzesverordnung vom 19. Oktober 1930, die Delikte sind abgedruckt in GRUR Int. 2000, 1045.

¹³⁵⁶ Corte di Cassazione vom 13. März 1969, zitiert nach Catelani, I delitti di falso, S. 101.

Des Weiteren kann der Handel mit gefälschten Markenprodukten nach Art. 517 cp, dem Verkauf gewerblicher Erzeugnisse mit irreführenden Zeichen, mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu EUR 1.033 (Lire 1.000.000) bestraft werden. Es macht sich strafbar, wer Markenwaren, „die den Käufer über Ursprung, Herkunft oder Güte des Werkes oder der Ware zu täuschen vermögen“, in den Verkehr bringt. Die Strafbarkeit erfordert nicht unbedingt eine Markenverletzung, wohl aber eine konkret nachzuweisende individuelle Täuschung des Käufers.¹³⁵⁷ Insofern soll das inländische Gewerbe geschützt werden. Art. 474 cp hingegen schützt das öffentliche Interesse an der Richtigkeit von im Rechtsverkehr verwendeten Marken. Die Anwendbarkeit dieser Vorschrift ist jedoch in Italien umstritten. Denn der Glaube an die Berechtigung zur Benutzung einer Marke wird durch die generelle Eignung zur Täuschung erschüttert. Insofern hat der Corte di Cassazione in Rom in einer vieldiskutierten Entscheidung aus dem Jahre 2000 darauf abgestellt, dass die Täuschungseignung im Falle von plumpen Fälschungen von Markenwaren, die dem durchschnittlich informierten, aufmerksamen Verbraucher sofort erkennbar sei, entfalle. Eine Bestrafung könne in diesen Fällen nicht mehr erfolgen, allenfalls sei an einen Betrugsversuch zu denken.¹³⁵⁸

Die Gegenansicht steht auf dem Standpunkt, dass dieses Element der individuellen Irreführung des Käufers in Art. 474 cp – im Gegensatz zu Art. 517 cp – fehlt und vor allem die Erfüllung öffentlicher Interessen bezweckt wird. Folgerichtig habe auch der Suprema Corte di Cassazione mit einer Entscheidung vom 9. November 2000 die Strafbarkeit bejaht, sofern „nur“ eine Markenverletzung vorliegt.¹³⁵⁹

Schließlich kann nach Art. 514 cpi derjenige, der gewerbliche Erzeugnisse mit nachgeahmten oder verfälschten Namen, Marken oder Unterscheidungszeichen zum Verkauf oder auf sonstige Art in den Verkehr bringt und dadurch dem inländischen Gewerbe einen Nachteil zufügt, mit Gefängnis von einem Jahr bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe nicht unter EUR 516 bestraft werden. Es muss indes zu einer tatsächlichen Schädigung des inländischen Gewerbes kommen.¹³⁶⁰

Generell kommt eine Strafverfolgung in Italien nach Art. 27 Abs. 1 der Verfassung¹³⁶¹ nur für natürliche Personen in Betracht. In der Praxis ist die Verfol-

¹³⁵⁷ Antonlisei, *Manuale di diritto penale*, S. 679.

¹³⁵⁸ Corte di Cassazione vom 24. Februar 2000, *GRUR Int.* 2000, 1044, 1045, mit Anmerkungen von Christopher Heath.

¹³⁵⁹ Entscheidung Nr. 7201/2000, zitiert nach Heath, Anmerkung zur Entscheidung, *GRUR* 1044, 1047 a.E.

¹³⁶⁰ Ekey/Klippel, *Markenrecht*, III. Teil 6. Italien, V. 3., RN 28.

¹³⁶¹ La Costituzione della Repubblica Italiana, vom 22. Dezember 1947, in Kraft seit dem 1. Januar 1948.

gungsintensität von Kennzeichenverletzungen trotz der ausführlichen Regelungen sehr niedrig, Markenverletzungen werden oft als Bagatellstrafen angesehen und auch von den Behörden nicht ernst genommen. So wird bspw. von der Polizei in Rom gegen die im Umfeld des Vatikans tätigen Straßenhändler, die ausschließlich gefälschte Markenwaren anbieten, nichts unternommen. Die von der Polizei aus dem Auto heraus vertriebenen Händler legen unmittelbar nach der Vorbeifahrt unbehelligt ihre Waren wieder auf die Straße. Nichts wesentlich anderes gilt für andere Formen der Kennzeichenverletzung.

IX. Österreich

Bis zur Novelle im Jahre 1999 enthielt das österreichische Markenschutzgesetz von 1970 keine Regelung der zivilrechtlichen Sanktionen von Markenverletzungen.¹³⁶² In § 51 MSchG a.F. wurde nur die strafbare Verletzung einer registrierten Marke geahndet. Für die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche musste auf die Normen des UWG zurückgegriffen werden.¹³⁶³

Nunmehr werden bspw. die Unterlassungsansprüche durch § 51 MSchG sowie § 9 UWG geregelt. Der strafrechtliche Schutz von Kennzeichnungen findet sich in einem selbstständigen IV. Abschnitt „Strafbare Kennzeichenverletzungen“ und wird durch § 60 MSchG festgeschrieben. Danach wird mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen bestraft, wer im geschäftlichen Verkehr eine Marke verletzt. Ebenso wird bestraft, wer in einer Weise, die geeignet ist, Verwechslungen im geschäftlichen Verkehr hervorzurufen, einen Namen, eine Firma oder die besondere Bezeichnung eines Unternehmens oder ein diesen Bezeichnungen ähnliches Zeichen zur Kennzeichnung von Waren oder Dienstleistungen unbefugt benutzt. Damit werden Kennzeichnungen nun auch in Österreich umfassend geschützt, wenngleich der Strafrahmen im Vergleich zu den anderen Staaten vergleichsweise gering ist.

Neu eingeführt wurde eine erhöhte Strafe bei gewerbsmäßiger Begehungsweise, sie beträgt Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren, § 60 Abs. 1 S. 2 MSchG. Als österreichische Besonderheit ist auch der Inhaber oder Leiter eines Unternehmens zu bestrafen, wenn er eine im Betrieb des Unternehmens von einem Bediensteten oder Beauftragten begangene Verletzung nicht verhindert, § 60 Abs. 3 MSchG.

Die Delikte – auch die Qualifikation des § 60 Abs. 1 S. 2 MSchG – sind sog. Privatanklagedelikte und werden nur auf Antrag des Verletzten verfolgt, § 60a Abs. 1 MSchG. Darüber hinaus kann auf Antrag des Verletzten die Vernichtung von Werkzeugen und Vorräten von nachgeahmten Waren angeordnet werden. Schließlich können zivilrechtliche Ansprüche auf angemessenes Entgelt, Schadensersatz,

¹³⁶² Markenschutzgesetz 1970, BGBl. 1970 Nr. 260, i.d.f. BGBl. I 2001, Nr. 143.

¹³⁶³ Schricker, Die Neuordnung des Markenrechts in Europa, Einf. XI. (S. 57).

Herausgabe des Gewinns, oder Entschädigung im Strafverfahren geltend gemacht werden, § 60a Abs. 3 MSchG.¹³⁶⁴

X. Portugal

Das portugiesische Markenrecht wurde kürzlich in den neuen *Código da propriedade industrial* (cpi)¹³⁶⁵ integriert. Dieses Gesetz trat am 1. Juli 2003 in Kraft und löste den bis dato geltenden cpi aus dem Jahre 1995 ab.¹³⁶⁶

Im neuen Gesetz wird die Strafbarkeit von Markenverletzungen in den Art. 323 „Counterfeiting, imitation and illegal use of mark“ und 324 „Sale, circulation or occultation of products or articles“ cpi geregelt. Gemäß Art. 323 cpi macht sich strafbar, wer ohne Zustimmung des Rechteinhabers

- a) ganz oder teilweise eine eingetragene Marke fälscht oder in irgendeiner Weise reproduziert;
- b) eine eingetragene Marke in Gänze oder in ihren charakteristischen Teilen nachahmt;
- c) gefälschte oder nachgeahmte Marken benutzt;
- d) Notorisch bekannte Marken, die in Portugal Gegenstand einer nationalen Anmeldung sind, benutzt, fälscht oder nachahmt;
- e) Marken – selbst im Fall der Nichtähnlichkeit der Waren oder Dienstleistungen – benutzt, die identisch oder ähnlich zu älteren Marken sind, welche bereits in Portugal angemeldet, notorisch bekannt oder in der Europäischen Union Gegenstand einer Gemeinschaftsmarke sind, sofern die Benutzung ohne Berechtigung von der Unterscheidungskraft und dem Prestige der älteren Marken profitiert oder diesen Schaden zufügen kann, oder
- f) Eine eingetragene Marke eines Dritten für eigene Waren, Dienstleistungen, Geschäftsbetriebe oder Firmen benutzt.

Der Täter kann mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft werden.

Ergänzt wird dieser Tatbestand durch Art. 324 cpi. Danach wird mit Geldstrafe bis zu 120 Tagessätzen oder Gefängnisstrafe mit bis zu einem Jahr schon derjenige bestraft, der wissentlich in irgendeiner Weise und unter den Bedingungen der Verletzungstatbestände der Art 321 bis 323 cpi gefälschte Produkte verkauft, in den Verkehr einführt oder verbirgt/versteckt.

¹³⁶⁴ Ekey/Klippel, Markenrecht, III. 8. VI. (doppelte Nummerierung im Kommentar!) (S. 1433).

¹³⁶⁵ Gesetz Nr. 36/2003, vom 5. März 2003.

¹³⁶⁶ Gesetz Nr. 16/95 vom 24. Januar 1995.

XI. Schweden

In Schweden wird die Strafbarkeit von Markenverletzungen durch § 37 des Schwedischen Markenrechts geregelt.¹³⁶⁷ Danach wird die vorsätzliche, aber auch die grob fahrlässige Verletzung mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren bestraft. Einen Qualifikationstatbestand gibt es nicht, jedoch können auch der Versuch sowie Vorbereitungshandlungen bestraft werden, § 37 Abs. 2 schwedisches Markengesetz i.V.m. Kap. 23 des Strafgesetzbuchs.

Durch die Einbeziehung der fahrlässigen Handlungsweise unterscheidet sich das schwedische Markenstrafrecht von den meisten anderen europäischen Markengesetzen. Es soll eine Bestrafung auch in den Fällen ermöglicht werden, in denen es für den Täter offensichtliche Gründe für die Annahme gibt, dass die von ihm gehandelten Waren gefälscht sind. Der bei Händlern, Importeuren etc. meist schwer zu führende Nachweis des Vorsatzes kann entfallen. Angeklagt werden Kennzeichenverletzungen durch den Staatsanwalt nur, sofern der Verletzte die Verletzungshandlung zur Anzeige gebracht hat und wenn die Anklage aus besonderen Gründen im Interesse der Allgemeinheit angezeigt ist.

Trotz des vergleichsweise weiten Anwendungsbereichs der markenstrafrechtlichen Regeln finden sich nur sehr wenige Entscheidungen der Strafgerichte. Dies resultiert aus der Tatsache, dass das Vorliegen von besonderen Gründen zur Strafverfolgung von der Staatsanwaltschaft recht selten bejaht wird. Auch eine Verurteilung wegen grober Fahrlässigkeit bei der Kennzeichenverletzung kommt zumindest nach den Erfahrungen der dazu befragten schwedischen Anwaltskollegen fast nicht vor.¹³⁶⁸ Die praktische Bedeutung bleibt damit auch in Schweden klar hinter der gesetzlichen Regelung zurück.

XII. Spanien

Das spanische Markenrecht ist im Markengesetz vom 7. Dezember 2001, in Kraft seit dem 31. Juli 2002, kodifiziert.¹³⁶⁹ Strafrechtliche Normen finden sich darin nicht, die Strafbarkeit der Verletzung gewerblicher Schutzrechte wird vielmehr durch Kapitel XI „Vergehen gegen geistiges und gewerbliches Eigentum, den Markt und die Verbraucher“, Art. 270 bis 277 des spanischen Strafgesetzbuchs geregelt.¹³⁷⁰

Markenverletzungen werden dabei in den Tatbeständen des Art. 274 – 276 cp behandelt. Grundnorm ist Art. 274 Abs. 1 cp, wonach mit Freiheitsstrafe zwischen

¹³⁶⁷ Varumärkeslag (schwed. Markengesetz) Nr. 644 vom 2. Dezember 1960, i.d.F. vom 1. April 1996; GRUR Int. 1996, 1027 ff., letzte Änderung am 1. Juli 2000, Gesetz Nr. 352/2000.

¹³⁶⁸ Patent- und Rechtsanwälte der Kanzlei Awapatent AB in Malmö, Schweden.

¹³⁶⁹ Ley de Marcas (LM), Nr. 17/2001.

¹³⁷⁰ Código penal (cp), Nr. 10/1995, vom 23. November 1995.

sechs Monaten und zwei Jahren oder mit Geldstrafe zwischen zwölf (vormals sechs¹³⁷¹) und 24 Monatssätzen bestraft wird, wer zu gewerblichen Zwecken und ohne Zustimmung des Berechtigten ein mit einer Marke identisches oder verwechselbar ähnliches Zeichen für identische oder ähnliche Waren oder Dienstleistungen nachahmt, verändert oder auf andere Weise benutzt. In subjektiver Hinsicht muss der Täter bei der Verletzung im Wissen der Markeneintragung gehandelt haben. Jedoch wird der Nachweis dieser Kenntnis erleichtert durch die Zulassung eines Anscheinsbeweises. Danach kann das Gericht bspw. auf die Kenntnis von der Eintragung der Marke schließen, wenn das nachgeahmte Zeichen bekannt ist oder der Verletzer sich auf dem betroffenen Marktsegment auskennt.

Ebenso macht sich nach Art. 274 Abs. 2 cp strafbar, wer wissentlich Waren in der Absicht sie zu verkaufen, bevorratet, in den Verkehr bringt oder Dienstleistungen anbietet, die eine Verletzung eines Zeichenrechts bedeuten, selbst wenn die Waren aus dem Ausland importiert wurden.

Des Weiteren regelt Art. 275 cp die Strafbarkeit der widerrechtlichen Benutzung von geographischen Herkunftsangaben. Subjektive Voraussetzung für eine Bestrafung ist hier, dass der Verletzer vorsätzlich und im Wissen der Existenz der geschützten geographischen Herkunftsangabe handelte. Die Strafhöhe entspricht der des Art. 274 cp, auf den bezüglich der Verletzungshandlungen Bezug genommen wird.

In besonders schweren Fällen, vor allem unter Berücksichtigung des Wertes der widerrechtlich produzierten Waren oder der besonderen Bedeutung des verursachten Schadens beträgt die Strafe Freiheitsstrafe zwischen zwei und vier Jahren und Geldstrafe zwischen zwölf (vormals acht) und 24 Monatssätzen, Art. 276 cp. Darüber hinaus kann der Richter die vorübergehende oder endgültige Schließung des Betriebs des Markenverletzers anordnen und sogar ein Berufsverbot zwischen Zwei und fünf Jahren anordnen. Bemerkenswert ist auch die Tatsache, dass die Qualifikation vorliegt, wenn sich der Täter bei der Tat der Mithilfe von Jugendlichen unter 18 Jahren bedient, Art. 276 d) cpi. Als mögliche Nebenstrafe in allen Fällen von Kennzeichenverletzungen sieht das spanische Recht die Einziehung und ggf. Vernichtung der beschlagnahmten Waren vor. Auch kann die Strafe bzw. das Urteil veröffentlicht werden, Art. 288 cp.

Zur Aufnahme der Verfolgung bedarf es eines Strafantrags des Verletzten, der jedoch entbehrlich ist, sofern ein öffentliches Interesse oder ein Interesse von mindestens zwei Personen an der Strafverfolgung besteht, Art. 287 cp. Ein Eingreifen der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren soll nach Mitteilung der spanischen Landesgruppe der AIPPI jedoch praktisch nicht vorhanden sein. Die Straftatbestände würden auch seitens dieser Beamten nicht recht ernst genommen.

¹³⁷¹ Das Strafmaß wurde durch das Gesetz Nr. 15/2003, vom 25. November 2003 angepasst.

Folglich würden Strafverfahren nur in solchen Fällen eingeleitet, in denen die Rechtsgutverletzung offensichtlich ist.¹³⁷² Auch seien manche Richter der Auffassung, dass trotz einer exakten Nachahmung keine Markenverletzung vorliegt, sofern aufgrund des sehr günstigen Preises oder der schlechten Qualität der Waren keine Gefahr einer Täuschung des Publikums vorliegt. Die Vorstellung des Publikums ist jedoch – ähnlich wie in Italien, vgl. oben VIII. – gar keine Tatbestandsvoraussetzung.

XIII. Vereinigtes Königreich

Im Vereinigten Königreich werden Markenverletzungen nach den Sec. 92, 94 und 95 Trade Marks Act 1994¹³⁷³ bestraft. Hauptnorm ist Sec. 92 TMA, „Unauthorised use of trade mark, &c. in relation to goods“. Dieser Tatbestand kommt zur Anwendung bei der Verwendung eines zu einer eingetragenen Marke identischen oder ähnlichen Zeichens zur Kennzeichnung von Waren, deren Verpackung oder in der Werbung, sowie im Falle des Besitzes von Waren mit der Absicht, eine Kennzeichenverletzung zu begehen, Sec. 92 Abs. 1 und 2 TMA. Darüber hinaus wird auch die Herstellung oder der Besitz von Instrumenten bestraft, die speziell zur Herstellung von nachgeahmten Waren dienen, Sec. 92 Abs. 3 TMA. In diesem Fall muss der Täter wissen oder Gründe zu der Annahme haben, dass diese Instrumente zur Herstellung von Fälschungen benutzt werden.

Ein Vergehen nach Sec. 92 TMA muss vorsätzlich und in der Absicht der Gewinnerzielung für sich oder einen anderen oder mit dem Vorsatz einer Schadensverursachung bei einem anderen begangen worden sein. Rechtsfolge ist im – summarischen Verfahren vor dem Gericht erster Instanz – eine Geldstrafe bis £ 5.000 oder eine Freiheitsstrafe von bis zu sechs Monaten – oder beides –, Sec. 92 Abs. 6 lit a TMA. In besonders schweren Fällen – im Verfahren vor dem Schwurgericht – kann eine Geldstrafe oder sogar Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren – oder beides – verhängt werden, Sec. 92 Abs. 6 lit. b TMA.¹³⁷⁴

Des Weiteren kann nach Sec. 94 und 95 TMA die Veranlassung einer fälschlichen Eintragung einer Marke im Markenregister bestraft werden mit Geldstrafe oder

¹³⁷² Bericht der spanischen Landesgruppe der AIPPI, beim Executive Committee Meeting in Lissabon vom 16. – 22. Juni 2002, Q169 - Criminal law sanctions with regard to the infringement of intellectual property rights; Internet unter www.aippi.org.

¹³⁷³ TMA 1994; vom 21. Juli 1994, in Kraft seit 31. Oktober 1994, eine deutsche Übersetzung findet sich in Bl. f. PMZ 1997, 286 ff.

¹³⁷⁴ Normalerweise werden im Vereinigten Königreich geringfügigere Delikte im beschleunigten Verfahren abgehandelt, schwere im Verfahren vor dem Schwurgericht. Es gibt jedoch auch sog. Hybridtatbestände, bei denen die Staatsanwaltschaft über die Art der Strafverfolgung entscheidet. Dies gilt für den Fall der Markenverletzung nach Sec. 92 TMA.

Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder beidem (im summarischen Verfahren), oder mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren (im Verfahren vor dem Schwurgericht.) Schließlich ist die Erweckung des Anscheins, dass ein Zeichen als Marke eingetragen ist, strafbewehrt mit einer Geldstrafe.

Die Staatsanwaltschaft leitet das Strafverfahren ein.¹³⁷⁵ Es bestehen zahlreiche Möglichkeiten der lokalen Mess- und Eichbehörden zur Ermittlung der Tat, so das Recht auf Testkäufe, das Betreten von Geschäftsräumen oder die Untersuchung und Sicherstellung von Gegenständen, Art. 93 Abs. 2 TMA. Strafverfahren können vor dem Gericht erster Instanz (Magistrates Court) oder dem Geschworenengericht (Crown Court) eingeleitet werden. Darüber hinaus ist auch eine Privatklage (Private Prosecution) zulässig. Schließlich kann das Gericht gem. Sec. 97, 98 TMA die Einziehung der rechtsverletzenden Waren anordnen.

Um die Anwendung der bestehenden Strafvorschriften im Gewerblichen Rechtsschutz weiter zu stärken, wurde im Jahre 2002 das „*the Copyright, etc. and Trade Marks (Offences and Enforcement) Act 2002*“ erlassen, welches am 20. November 2002 in Kraft trat. Durch dieses Gesetz wurde die – im TMA schon bestehende – Höchststrafbarkeit auch für Vergehen nach dem Copyright, Designs and Patent Act 1988 von zwei auf zehn Jahre angehoben. Auch die weiteren Maßnahmen, etwa die Einziehung von schutzrechtsverletzenden Waren, wurde den markenrechtlichen Regeln angepasst. Als einzige Neuregelung im Markenrecht wurde der neu geschaffene Sec. 92a TMA „*Search warrants*“ aufgenommen. Ausweislich des Titels werden durch diese Vorschrift erleichterte Voraussetzungen zum Erlass von Durchsuchungsbefehlen geschaffen.

Die tatsächlich im Vereinigten Königreich verhängten Strafen bewegen sich nach den Erkenntnissen der Landesgruppe der AIPPI in einem Rahmen von 40 Stunden gemeinnütziger Arbeit bis zu Freiheitsstrafe von viereinhalb Jahren. Bei der Verurteilung zu Geldstrafen betragen diese zwischen £ 100 und £10.500. Die höchste von einem Gericht verhängte Geldstrafe belief sich nach Kenntnis der Landesgruppe auf £ 35.000. Grundsätzlich tendierten die Gerichte aber eher zur Verhängung relativ geringer Strafen.¹³⁷⁶

XIV. Vergleich der Strafsanktionen in der EU

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass bis auf Luxemburg mittlerweile alle Länder ihrer Verpflichtung zur Schaffung strafrechtlicher Maßnahmen nachgekommen

¹³⁷⁵ The Crown Prosecution Service (CPS), er ist seit 1986 die zentrale Strafverfolgungsbehörde im Vereinigten Königreich für mittelschwere und schwere Delikte.

¹³⁷⁶ Bericht der UK-Landesgruppe der AIPPI beim Lissabonner Meeting 2002 zu Frage Q169 – Criminal law sanctions with regard to the infringement of intellectual property rights. Im Internet unter www.aippi.org.

sind. Trotzdem stehen genauso wie in Deutschland – von den Fällen eindeutiger Markenpiraterie abgesehen – die zivilrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten nach wie vor eindeutig im Vordergrund. Zahlreiche Rechtsanwender betonen, dass die strafrechtlichen Vorschriften ein Schattendasein führen und von den Ermittlungsbehörden, aber sogar manchmal den Gerichten (insbesondere in Italien und Spanien) nicht genügend beachtet werden. Ungeachtet dessen oder gerade deswegen haben die meisten Länder in den letzten Jahren ihre Straftatbestände überarbeitet und teilweise den Strafraumen erhöht. Einen schnellen Vergleich der möglichen Sanktionen ermöglicht die nachfolgende Tabelle:

Land	Grundtatbestand	Strafraumen	Qualifikation
Benelux a) Belgien b) Niederlande c) Luxemburg	a) Art. 8 A Gesetz von 1879 b) Art. 337 niederl. StGB c) –	a) Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten. b) Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr. c) –	a) Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr. b) Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu vier Jahren, Art. 337 Abs. 2 niederl. StGB - c) –
Dänemark	§ 42 dän. MarkenG	Geldstrafe	Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr; § 42 Abs. 1 S. 2 dän. MarkenG.
Deutschland	§ 143 MarkenG	Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren.	Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren; § 143 Abs. 2 MarkenG.
Finnland	§ 39 finn. MarkenG;	Geldstrafe, orientiert am Verletzergewinn.	Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren; Kap. 49 § 2 finn. StGB.
Frankreich (neu ab 9. März 2004)	Art. L. 716-10 frz. cpi	Geldstrafe bis zu EUR 300.000 und Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren.	Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren und Geldstrafe bis zu EUR 1 Mio.; Art. L. 716-09 i.V. m. 716–

			12 cpi.
Griechenland	Art. 28 gr. MarkenG,	Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren und/oder Geldstrafe von EUR 587 bis EUR 14.674, Art 25 gr. MarkenG i.V.m. Art. 53, 57 gr. StGB.	
Irland	Sec. 92 Trade Marks Act 1996	Geldstrafe bis zu EUR 1.270 und/oder Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten.	Geldstrafe bis EUR 127.000 und/oder Freiheitsstrafe bis fünf Jahre, Sec. 92 Abs. 4 lit b.
Italien	Art. 473 cp	Geldstrafe bis zu EUR 2.066 und Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren.	Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe nicht unter EUR 516, Art. 514 cp.
Österreich	§ 60 MSchG	Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen.	Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren; § 60 S. 2 MSchG.
Portugal	Art. 323 cpi	Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren.	
Schweden	§ 37 schwed. MarkenG	Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren.	-
Spanien	Art. 274 cp	Geldstrafe von 12 bis 24 Monatssätzen, Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zwei Jahren.	Geldstrafe von 12 bis 24 Monatssätzen, Freiheitsstrafe von zwei bis vier Jahren, Art. 276 cp.
Vereinigtes Königreich	Sec. 92 TMA 1994	Geldstrafe bis £ 5000 und/oder Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten (im beschleunigten Verfahren).	Geldstrafe und/oder Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren; Sec. 92 Abs. 6 lit b.

Tabelle 4: Vergleich der Strafsanktionen im Kennzeichenrecht.

Insgesamt fällt auf, dass Kennzeichen in fast allen Ländern umfassend gegen die typischen Verletzungshandlungen geschützt sind. Abweichungen gibt es vor allem bei der Höhe der Sanktionen. So ist für Verwirklichung der Grundtatbestände

der Kennzeichenverletzung in einigen Ländern schon von Gesetzes wegen nur eine Geldstrafe vorgesehen, nämlich in Dänemark, Finnland und Österreich. Ganz überwiegend sind neben der Geldstrafe aber auch Freiheitsstrafen möglich, wobei die maximale Dauer der Freiheitsstrafe für den Grundtatbestand der Markenverletzung zwischen

- sechs Monaten (Belgien, Irland, Vereinigtes Königreich, im summarischen Verfahren),
- einem Jahr (Niederlande),
- zwei Jahren (Schweden, Spanien),
- drei Jahren (Frankreich, Deutschland, Italien, Portugal), oder sogar
- fünf Jahren (Griechenland, wo allerdings nicht zwischen Grundtatbestand und Qualifikation unterschieden wird)

festgelegt ist. Eine Mindeststrafe gibt es nur in Griechenland, sie beträgt mindestens drei Monate Freiheitsstrafe bzw. Geldstrafe von wenigstens EUR 587. Auch die Höchststrafen im Falle der Qualifikation bzw. des schwersten Delikts differieren stark, reichen nämlich von Freiheitsstrafe bis zu

- einem Jahr (Belgien, Dänemark),
- zwei Jahren (Finnland, Österreich, Schweden),
- drei Jahren (Portugal),
- vier Jahren (Spanien, Niederlande),
- fünf Jahren (Deutschland, Griechenland, Irland, Italien), oder sogar bis zu
- zehn Jahren (im Vereinigten Königreich und in Frankreich, nämlich im Wiederholungsfall der bandenmäßigen Begehung).

Bei Betrachtung der Nebenstrafen ist ein Anspruch auf Urteilsveröffentlichung in den meisten Gesetzen vorgesehen. Zum Teil wird er nur bei strafrechtlicher Verurteilung, überwiegend aber auch im Zivilverfahren, gewährt.¹³⁷⁷ In der Praxis wird dieser Anspruch jedoch selten durchgesetzt, nur in Frankreich und Italien soll er eine größere Rolle spielen.¹³⁷⁸

Auch die Einziehung der nachgeahmten Waren ist überall möglich, über die tatsächliche Anwendung dieser begleitenden Maßnahme konnten indes keine zuverlässigen Informationen gewonnen werden. Darüber hinaus besteht in einigen Ländern die Möglichkeit, auch Unternehmen im Strafverfahren zu verurteilen, so

¹³⁷⁷ Veröffentlichung nur von Strafurteilen in Deutschland, § 143 Abs. 3 MarkenG, Frankreich, Art. L. 716-13 frz. cpi, und Griechenland, Art. 30 Gr. MarkenG; anders in Italien, Art. 65 it. LM, und Spanien, Art. 36d span. LM; vgl. Schrickler, Die Neuordnung des Markenrechts in Europa, Einf. XI. (S. 57/58).

¹³⁷⁸ Schrickler, aaO, Einf. XI. (S. 58).

z.B. in Dänemark, Frankreich und Belgien. Dies wird üblicherweise durch eine Geldbuße bewirkt, teilweise können auch Maßnahmen wie die Auflösung der Gesellschaft, Anordnung gerichtlicher Aufsicht etc. angeordnet werden.

Schließlich bestehen nationale Besonderheiten im Markenstrafrecht, von denen hier nur die wichtigsten genannt werden sollen. In materiell-rechtlicher Hinsicht kann in Schweden auch grobe Fahrlässigkeit zur Bestrafung führen, § 37 Abs. 1 S.1 schwed. VML. Dem Tatbestand kommt indes keine große Bedeutung zu. In Bezug auf weitere Maßnahmen zur Sanktionierung einer Kennzeichenverletzung und zur Prävention kann in Frankreich eine Schließung des Ladenlokals des Verletzers angeordnet werden, Art. L 716-11-1 frz. cpi. Im Vereinigten Königreich können die Eich- und Messbehörden umfangreiche Ermittlungsbefugnisse wie Testkäufe oder das Betreten von Geschäftsräumen oder die Sicherstellung von Gegenständen wahrnehmen.

E. Zusammenfassung

Aus den vorstehend dargestellten Europäischen und Internationalen Regelungen wird deutlich, dass die strafrechtliche Verfolgung von vorsätzlichen Markenverletzern nach wie vor vorrangig im nationalen Kontext erfolgen muss. Die internationalen Vertragswerke haben bislang nur einen mittelbaren Einfluss, in dem sie die Rechtsvorschriften der Vertragsstaaten harmonisieren und so die Möglichkeit der Piraten unterbinden, sich in Ländern mit einem geringen Schutzniveau oder einer geringen Verfolgungsintensität zu betätigen. Sie schaffen jedoch nach und nach – auch aufgrund der steigenden Mitgliedszahlen – ein weltweit vergleichbares Schutzniveau für Kennzeichnungen. Damit einher geht die Herstellung eines Grundkonsenses hinsichtlich der Schutzwürdigkeit von Kennzeichnungen sowie die Einsicht in die Notwendigkeit der Erhöhung der Verfolgungsintensität bei Bekanntwerden von Verletzungshandlungen.

Im supranationalen Bereich der EU haben vor allem die verschiedenen Grenzbeschlagnahmeverordnungen einen großen Anteil an einer effektiven Verfolgung von Markenpiraterie. Sie geben den Zollbehörden eine hinreichende rechtliche Handhabe gegen den Import von gefälschten Waren in die EU und verhindern so, dass schutzrechtsverletzende Waren in noch größerem Umfang auf den Binnenmarkt gelangen.

Für den Bereich des materiellen Markenstrafrechts ist in der EU – neben dem Ausbau der leider gegenüber dem von der Kommission ursprünglich vorgelegten Entwurf stark beschnittenen Maßnahmen der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums – die Harmonisierung der Mindeststrafen der einzelnen Länder dringend als nächster Schritt zu empfehlen. Dadurch könnten verbleibende Lücken im materiellen Recht gestopft und eine einheitlichere Sanktionspraxis erreicht werden. Des Weiteren sollten in einigen Ländern

wie bspw. Frankreich bewährte Ermittlungsmaßnahmen und Nebenstrafen in allen Ländern verbindlich sein. Auch dies war in der RL 2004/48/EG ursprünglich vorgesehen.

Aber auch wenn ein gemeinschaftsweit harmonisiertes Markenstrafrecht noch fehlt, haben die Mitgliedsstaaten ihre nationalen Strafbestimmungen bereits weitgehend angeglichen bzw. werden dies alsbald vornehmen. Dies schließt auch die Strafbarkeit der Verletzung von Gemeinschaftsmarken ein. An dieser Stelle bietet sich im Übrigen ein weiterer Ansatzpunkt für die Einführung supranationaler Strafvorschriften, sofern die Kompetenzfrage geklärt wird.¹³⁷⁹ Stets Voraussetzung ist dabei die Einbettung in die Grundsätze der nationalen und ggf. künftig auch europäischen Verfassung, nämlich vor allem die Wahrung der notwendigen gesetzlichen Bestimmtheit. Solchermaßen enge und präzise Normen haben auch den Vorteil, dass sie – wie im letzten Kapitel gezeigt – anscheinend von den Rechtsanwendern konsequenter genutzt werden als weite, schwer greifbare Gesetze. Sofern dann auch die Durchsetzung dieser Rechte konsequent betrieben wird, kann die grenzüberschreitende Markenpiraterie in geeigneten Fällen in der EU auch mit den Mitteln des Strafrechts – bei allen verbleibenden tatsächlichen Schwierigkeiten – effektiver bekämpft werden.

Besonders wichtig ist schließlich eine noch engere Zusammenarbeit der Strafverfolgungsbehörden mit dem Zoll sowie die Einbeziehung der Markeninhaber in die Ermittlungsverfahren. Dies kann bspw. durch die Erstellung und regelmäßige Pflege von Datenbanken geschehen, in denen Information über Schutzrechte und deren Verwendung auf den Waren hinterlegt werden. Das Projekt MUSYV der EU sollte daher auf jeden Fall fortgeführt werden, ggf. unter finanzieller Beteiligung der davon hauptsächlich profitierenden Industrie. Der dabei entstehende Aufwand sowie die Kosten werden durch die verhinderten Schäden gesamtwirtschaftlich mehr als ausgeglichen.

¹³⁷⁹ So schon Schmidl, Die Bekämpfung der Produktpiraterie in der Bundesrepublik Deutschland und in Frankreich. Dazu 7. Kapitel.B. III. 4.

7. Anregungen zur Verbesserung des strafrechtlichen Markenschutzes

A. Vorbemerkung

Auf Basis der im vorherigen Kapitel gewonnenen Erkenntnis, dass sich nämlich die tatsächliche Verfolgung von Markenverletzungen ganz überwiegend auf Fälle eindeutiger Verletzungshandlungen beschränkt und der Versuch der Tat, die Ausnutzung oder Beeinträchtigung bekannter Marken außerhalb der Warenähnlichkeit oder die Beurteilung von Randbereichen der Verwechslungsgefahr nur selten bis gar nicht Gegenstand von Ermittlungen sind, soll es Ziel dieses Kapitels sein, Vorschläge für eine einfache, effektive und gleichzeitig im Einklang mit der Rechtswirklichkeit stehende Gestaltung des Markenstrafrechts zu machen. Des Weiteren soll dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz Genüge getan werden, ohne jedoch die praktische Anwendungsmöglichkeiten zu stark einzuschränken.

Solche Anregungen bauen natürlich auf bereits bekannten Gedanken auf. Es sollen daher zunächst die bislang unterbreiteten Anregungen und Aktionsprogramme der verschiedenen nationalen und supranationalen Organe, der Vereinigungen zum Schutz der gewerblichen Schutzrechte, aber auch diverser mit der Problematik befasster Autoren kurz dargestellt und kommentiert werden (dazu B.). Des Weiteren ist die Einbettung des Markenrechts in das internationale Normensystem zu berücksichtigen. Ein Vorschlag zur Änderung der Straftatbestände des Markenrechts muss bspw. die Vorgaben des Art. 61 TRIPs einbeziehen (dazu C.). Abschließend soll in der Gesamtschau aller in dieser Arbeit angesprochenen Punkte versucht werden, einen eigenen Vorschlag für eine mögliche Umgestaltung des Markenstrafrechts zu präsentieren (dazu D.). Dies schließt schließlich auch Anregungen hinsichtlich weiterer aus Sicht des Verfassers sinnvoller Maßnahmen zur effektiveren Bekämpfung von Markenverletzungen ein.

B. Stellungnahmen der verschiedenen Interessensgruppen

Zahlreiche der mit dem gewerblichen Rechtsschutz beschäftigten Verbände und Organisationen sowie die Fachliteratur haben sich in der Vergangenheit mit dem bestmöglichen Vorgehen gegen vorsätzliche Markenverletzungen einschließlich der Markenpiraterie befasst und Stellungnahmen zu wünschenswerten tatsächlichen und rechtlichen Maßnahmen des Gesetzgebers abgegeben. Im Folgenden sollen die wesentlichen Gesichtspunkte dieser Vorschläge dargestellt werden.

I. GRUR e.V.

Besonders der Fachausschuss des GRUR e.V. für Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht befasst sich bereits seit 1984 intensiv mit den Fragen der Markenpiraterie.¹³⁸⁰ Basierend auf der Feststellung, dass die Strafdrohungen des Warenzeichengesetzes zu gering ausfielen, wurde 1985 die Schaffung eines neuen Straftatbestands der betrügerischen Produktnachahmung und -kennzeichnung ange-regt.¹³⁸¹ Dieser wurde so ausgestaltet, dass er sich auf den Kernfall der Markenpiraterie beschränkte. Konkrete Tatbestandsvoraussetzung war die Verwendung der Kennzeichnung, des Namens, der Ausstattung oder der Firma eines anderen für gleiche oder im Wesentlichen übereinstimmende Waren oder ihre Verpackung unter Erweckung des Anscheins der Originalware. Insbesondere wurde bei dem Entwurf darauf geachtet, dass der Nachweis einer Nachahmungsabsicht nicht geführt werden musste. Die Vereinigung ging vom Vorliegen von Produktpiraterie als Zusammentreffen einer Nachahmung von Marke und Ware aus und legte insofern eine enge Definition zugrunde.¹³⁸² Die angedachte Strafdrohung betrug Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe. Man war der Ansicht, dass durch Einführung dieses Tatbestands sichergestellt werde, dass Polizei und Staatsanwaltschaften künftig unter Einsatz ihrer Ermittlungsbefugnisse zur Strafverfolgung in den Fällen der Markenpiraterie verpflichtet sind.¹³⁸³

Da jedoch auch bei geringfügigen Abweichungen der verwendeten Zeichen der Tatbestand der Markenpiraterie als erfüllt angesehen wurde, forderte man des Weiteren die Überprüfung und ggf. Feststellung der Einbeziehung verwechslungsfähiger Zeichen in den Tatbestand. Der Entwurf sah schließlich neben der Vernichtung bzw. Unbrauchbarmachung der rechtsverletzenden Waren, Verpackungen sowie der Tatwerkzeuge auch eine mit Geldstrafe bewehrte Fahrlässigkeitsstrafbarkeit vor.¹³⁸⁴

Auf diesen ersten Entwurf aufbauend hatte der Fachausschuss des GRUR e.V. im Jahre 1989 nochmals Stellung genommen und sich insbesondere mit dem Referentenentwurf zum Produktpirateriegesetz beschäftigt.¹³⁸⁵ Dabei wurde vor allem

¹³⁸⁰ Eingabe betr. den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, GRUR 1985, 867.

¹³⁸¹ Abgedruckt in Anlage 1 – Tabelle der Strafvorschriften, L. 1. a).

¹³⁸² Knaak, Die nationalen und internationalen Arbeiten gegen die Markenpiraterie, GRUR Int. 1988, 1 (2 und 3).

¹³⁸³ Tilmann/Knaak, Maßnahmen gegen die Nachahmung von Markenwaren, GRUR Int. 1986, 336, I. 3. (337).

¹³⁸⁴ Eingabe betr. den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, GRUR 1985, 867.

¹³⁸⁵ Quack/Viergge, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Produktpiraterie, GRUR 1989, 29.

die Entscheidung des Justizministeriums, auf einen besonderen Produktpiraterietatbestand zu verzichten, heftig kritisiert. Die Vereinigung war der Ansicht, dass zwar eine rigorose Strafverfolgung der Produktpiraterie erfolgen muss, wobei auch drastische Strafen verhängt werden sollen. Eine allgemeine Erhöhung des Strafrahmens in Verbindung mit dem alleinigen Kriterium der „Gewerbsmäßigkeit“ wurde aber abgelehnt, da dies die Unterschiede im Unrechtsgehalt zwischen einfachen Schutzrechtsverletzungen und Produktpiraterie aus dem kriminellen Milieu nicht ausreichend berücksichtigt. Dies führe entweder zu einer Verharmlosung der Piraterie oder aber zu einer Kriminalisierung seriöser Schutzrechtsverletzer. Damit werde ein falsches Signal an die Adresse der Strafverfolgungsbehörden gesendet. Weitere Folge sei möglicherweise die Entstehung einer strafrechtlichen Rechtsprechung, die bei der Frage der Schutzrechtsverletzung strengere Maßstäbe anlegt als die über Jahrzehnte entwickelte Entscheidungspraxis im Zivilrecht. Dies könne insbesondere der Fall sein, sofern es in Grenzfällen des Schutzbereiches von Kennzeichnungen zu Strafverfahren kommt. Eine solche zweigleisige Judikatur auf dem Gebiet des geistigen Eigentums müsse aber unbedingt vermieden werden.¹³⁸⁶

Besonderen Wert wurde in der Stellungnahme darauf gelegt, dass Strafverfahren im Markenrecht in erster Linie Fällen der Produktpiraterie vorzubehalten sind und dafür entsprechende klare tatbestandliche Voraussetzungen geschaffen werden müssen. Um dies gesetzestechnisch zu gewährleisten, schlug man einen dreistufigen Aufbau vor. So wollte man den normalen Tatbestand – dessen Strafdrohung auf zwei Jahre gesenkt werden sollte, um die leichtfertig handelnden seriösen Wettbewerber nicht unnötig zu kriminalisieren – durch einen Sondertatbestand der Produktpiraterie ergänzen.¹³⁸⁷ Dieser müsste neben den herkömmlichen Merkmalen einer Markenverletzung ein Qualifikationsmerkmal der Produktpiraterie enthalten, welches an „die identische oder nahezu identische Nachahmung“ der Erscheinungsform des Produkts anknüpfen sollte. Denn in solchen Fällen werde immer versucht, den Anschein der Originalware zu erwecken. Als dritte Stufe wurde die Einführung eines besonders schweren Falles vorgeschlagen, der eine Mindeststrafdrohung von drei Monaten vorsah und eine maximal mögliche Freiheitsstrafe von zehn Jahren ermöglichte. Dieser besonders schwere Fall sollte um Regelbeispiele ergänzt werden, so bspw. gewerbsmäßiges Handeln sowie Wiederholungstäterschaft.¹³⁸⁸

An diesem Vorschlag einer dreistufigen Ausgestaltung des Tatbestands wurde auch in der weiteren Stellungnahme zum 1998 vorgestellten Grünbuch der EU-Kommission festgehalten. Der Verband betonte nochmals eindeutig, dass auf na-

¹³⁸⁶ Quack/Vieregge, Stellungnahme, aaO, 29 (30).

¹³⁸⁷ Abgedruckt in Anlage 1 – Tabelle der Strafvorschriften, L. 1. b).

¹³⁸⁸ Darstellung des Tatbestandsvorschlags in Anlage 1.

tionaler Ebene auf eine nachhaltige Androhung und Verhängung strafrechtlicher Sanktionen zur Bekämpfung der Markenpiraterie keinesfalls verzichtet werden kann.¹³⁸⁹ Nur durch strafrechtliche Mittel werde die Chance eröffnet, alle Tatbeteiligten individuell zu belangen und sie von künftigen Aktivitäten abzuhalten. Für einen effektiven und gleichzeitig ausdifferenzierten Rechtsschutz hielt es die Vereinigung nach wie vor für sinnvoll, die Produktpiraterie von den sonstigen Formen der Verletzung von Schutzrechten tatbestandlich abzugrenzen.

Des Weiteren bemerkte der Verband erstmals, dass die wenig effektive Anwendung der strafrechtlichen Vorschriften in Deutschland nicht so sehr auf das materielle Recht zurückzuführen ist. Es handele sich vielmehr um ein Strafverfolgungsproblem, weshalb die Kommission versuchen muss, durch Bewusstseinschärfung, Schaffung ausreichender personeller und materieller Ressourcen und Aufklärung bei den Verfolgungsbehörden zu erreichen, dass die Nachahmungskriminalität als ernste Form der Wirtschaftskriminalität betrachtet wird.

Die vorerst letzte offizielle Stellungnahme zu diesem Themenkomplex wurde am 24. März 2003 zum Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte am geistigen Eigentum abgegeben.¹³⁹⁰ Dabei wurde zunächst das Projekt, die Rechtsfolgen der Verletzung geistigen Eigentums gemeinschaftsrechtlich zu harmonisieren und dabei auch Rechtsinstrumente einzubeziehen, die die mitgliedstaatlichen Zivilprozessrechte betreffen, ausdrücklich begrüßt. Allerdings sei vorab sicherzustellen, dass privates Handeln aus dem Maßnahmenkatalog ausgeklammert wird. Neben einer ausführlichen Stellungnahme zu den zivilrechtlichen Maßnahmen wurde indes zum damals noch geplanten Art. 20 – Strafverfahren kein Kommentar abgegeben.

II. Markenverband

Auch der Markenverband, der als Industrieverband die Interessen von rund 380 Markenartikelherstellern vertritt, setzt sich nachhaltig für den Schutz von Kennzeichen gegen vorsätzliche Verletzung ein. Aufgrund der als unbefriedigend empfundenen Rechtsdurchsetzung gegen Produkt- und Markenpiraterie und der dadurch entstehenden Nachteile für die Unternehmen und die Volkswirtschaft hat der Verband im Jahre 1999 neben der konsequenten strafrechtlichen Verfolgung der Markenverletzer durch die Ermittlungsbehörden auch eine „Aufnahme der

¹³⁸⁹ Stellungnahme zum Grünbuch der EU-Kommission zur Bekämpfung von Nachahmung und Produkt- und Dienstleistungspiraterie im Binnenmarkt KOM 98 (559) end., GRUR 1999, 560 (562), vgl. zum Grünbuch: 6. Kapitel C. V. 1.

¹³⁹⁰ Kunz-Hallstein/Loschelder, Stellungnahme zum Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte am geistigen Eigentum, GRUR 2003, 682, zur Richtlinie: 5. Kapitel B. IV.

Produktpiraterie in das Strafgesetzbuch“ gefordert.¹³⁹¹ Eine Chance, das Problem der Produkt- und Markenpiraterie in den Griff zu bekommen, gäbe es des Weiteren nur durch Schaffung wirksamer – europäischer – rechtlicher Rahmenbedingungen. Schließlich müsse man den auch und gerade im Internet zunehmenden Missbrauch scharf ahnden sowie die Verbraucher möglichst umfassend informieren.¹³⁹²

III. Literatur, Sonstiges

Neben den Anmerkungen und Vorschlägen des GRUR e.V. und des Markenverbands haben sich auch verschiedene Autoren mit den strafrechtlichen Mitteln zur Bekämpfung von Markenverletzungen befasst. Ganz überwiegend liegt bei diesen Stellungnahmen der Schwerpunkt auf der Sanktionierung der als besonders schädlich empfundenen Markenpiraterie. Einige dieser Bemerkungen sollen im Folgenden dargestellt werden, da damit die Entwicklung der Diskussion im Markenstrafrecht deutlich wird.

1. *Knaak*

Ein recht differenziertes Bild hinsichtlich der verschiedenen Erscheinungsformen und Tätertypen der Markenpiraterie zeichnet *Knaak* in seinem 1988 erschienenen Aufsatz.¹³⁹³ Zwar ist diese Abhandlung schon recht alt und durch die Gesetzgebung teilweise überholt, jedoch sind die darin angestellten Überlegungen nach wie vor aktuell.

Knaak vertrat zunächst die nunmehr wohl unstreitige Ansicht, dass nicht nur die Übernahme der gesamten äußeren Aufmachung der Marke und/oder der Ware eine Nachahmung darstellt, sondern auch die Nachahmung mit einigen unwesentlichen Abweichungen. Ebenfalls handele es sich um Markenpiraterie, wenn zwar die Marke nachgeahmt wird, nicht jedoch die Aufmachung des Produkts. Daneben könnten auch ganz andere Waren angeboten werden. Schließlich sei hinsichtlich der Tätertypen zu differenzieren. So reiche das Spektrum von international kooperierenden Syndikaten über relativ harmlose Einzeltäter bis hin zu ahnungslosen Beteiligten, die für den Absatz der Ware sorgten. Auch stellte er schon damals die Frage, ob alle diese Handlungs- und Tätertypen von Maßnahmen zur Abwehr der Markenpiraterie erfasst werden sollen. Im Rahmen einer

¹³⁹¹ So der Geschäftsführer des Markenverbandes Holger Graul gegenüber dem Justizministerium und bei der Anhörung der EU-Kommission zum Grünbuch Produktpiraterie, vgl. Pressemitteilung des Markenverbandes vom 1. März 1999, im Internet unter www.markenverband.de.

¹³⁹² Presseinformation Nr. 07/2003 vom 8. April 2003, www.markenverband.de.

¹³⁹³ *Knaak*, Die nationalen und internationalen Arbeiten gegen die Markenpiraterie, GRUR Int. 1988, 1.

Merkmalsanalyse der Markenpiraterie stellt er fest, dass immer das fremde Markenrecht in seinem Kern angegriffen wird, somit meist von einer identischen oder nahezu identischen Benutzung einer fremden Marke auszugehen ist. Daneben seien Merkmale wie die Nachahmung weiterer kennzeichnender Merkmale der Originalware oder das Bestehen einer Fälschungsabsicht typisch.¹³⁹⁴

Demgegenüber zielten die nationalen Schutzgesetze meist auf „einfache“ Markenverletzungen ab und forderten überwiegend die Benutzung eines verwechslungsfähigen Zeichens. Dies umfasse zwar natürlich auch die Piraterie, jedoch spiegelt sich in solchen Regelungen das Unrecht der Tat nur unvollkommen wider. Die Voraussetzung der Verwechslungsgefahr sei in einem Straftatbestand der Markenpiraterie fehl am Platze, sie spiele auch keine Rolle in der rechtlichen Beurteilung.¹³⁹⁵ Daneben sollte auf jeden Fall davon abgesehen werden, den Schutz von bekannten Marken außerhalb der Warenähnlichkeit in den Spezialtatbestand aufzunehmen. Es sei aber nicht Aufgabe des Strafrechts, die schwierige Grenzziehung zwischen der noch rechtmäßigen Benutzung und der bereits unzulässigen Verwendung bekannter Marken außerhalb des Warenähnlichkeitsbereichs zu bestimmen. Die Strafgerichte dürfe man mit diesen Abgrenzungsfragen nicht belasten. Vielmehr sei es wichtiger, bekannte Marken bei Nachahmungen für gleiche Waren, evt. noch für gleichartige Waren zu schützen. Überdies wirft schon *Knaak* die Frage der Bestimmtheit solcher Straftatbestände gemäß Art. 103 Abs. 2 GG auf, ohne jedoch näher darauf einzugehen. In diesem Zusammenhang empfiehlt er jedoch allgemein den Verzicht auf die Verwendung von Rechtsbegriffen, die zwar eine flexible Bestimmung der Markennachahmung erlauben, jedoch in ihren Konturen zu unscharf werden.

Eine mögliche Lösung stelle der Vorschlag des GRUR e.V. dar, nämlich die Einführung abgestufter Maßnahmen, die auch einen Spezialtatbestand der Piraterie enthalten. Eine „eng“ formulierte oder jedenfalls an vertraute markenrechtliche Grundsätze anknüpfende „warenmäßige“ Reichweite des Schutzrechts – gleiche sowie gleichartige Waren – sowie möglicherweise qualifizierende Tatbestandsmerkmale wie die Nachahmung des äußeren Erscheinungsbilds oder weiterer Erscheinungsmerkmale der Originalware könnten zu der für die Strafverfolgung notwendigen Klarheit führen.¹³⁹⁶

2. *Wölfel*

Auch *Wölfel* beschäftigt sich in seiner Dissertation aus dem Jahre 1989 u.a. mit der Effizienz der damals im WZG zur Verfügung stehenden strafrechtlichen

¹³⁹⁴ Knaak, Die nationalen und internationalen Arbeiten gegen die Markenpiraterie, aaO, 3.

¹³⁹⁵ Knaak, Die nationalen und internationalen Arbeiten gegen die Markenpiraterie, aaO, 5.

¹³⁹⁶ Knaak, Die nationalen und internationalen Arbeiten gegen die Markenpiraterie, GRUR Int. 1988, 1 (5).

Sanktionsmöglichkeiten.¹³⁹⁷ Dabei begrüßte er zunächst die Vorschläge des Referentenentwurfs zum Produktpirateriegesetz, soweit sie die Einführung der Versuchsstrafbarkeit, die Ausgestaltung des Qualifikationstatbestands als Officialdelikt sowie die Maßnahmen der Einziehung betrafen.¹³⁹⁸

Die horizontale Anhebung des Strafrahmens ohne gleichzeitige Schaffung eines speziellen Produktpiraterietatbestands lehnt aber auch er ab. Nur eine spezielle Regelung könne den Strafgerichten klare Vorgaben zur Identifizierung von Markenpiraten an die Hand geben. Durch den Qualifikationstatbestand und dessen Tatbestandsmerkmale sei diese nicht zu erreichen. Die Qualifikation besitze keine klaren Konturen, da das Tatbestandsmerkmal des gewerbsmäßigen Handelns jede vorsätzliche Begehung erfasst, die dem Täter durch wiederholte Begehung eine fortlaufende Einnahmequelle verschafft. Auch eigentlich seriöse Konkurrenten, die nach einer Abmahnung ihr Handeln zunächst fortsetzen, würden so in einen Topf mit professionellen Fälschern geworfen. Dies führe zu einem derart breiten Anwendungsbereich der Qualifikation, der nicht zur erhofften Akzeptanz durch die Rechtspraxis beitragen könne.¹³⁹⁹ Die Vermischung der verschiedenen Verletzungsintensitäten habe der Gesetzgeber aber gerade nicht beabsichtigt.¹⁴⁰⁰

Zur Lösung der Problematik schlägt *Wölfel* eine auf das Phänomen der Markenpiraterie zugeschnittene Spezialregelung vor, die im Wesentlichen drei Anforderungen genügen müsse. Zunächst müsse sie eng genug formuliert sein, um den Unterschied zwischen herkömmlicher Zeichenverletzung und Markenpiraterie zum Ausdruck zu bringen. Zweitens dürften aber auch keine Lücken verbleiben, die es den Tätern erlauben, einer Bestrafung nach dem Sondertatbestand zu entgehen. So sei z.B. die Anknüpfung an subjektive Tatbestandsmerkmale wie z.B. das Vorliegen einer „Täuschungsabsicht“ schwierig, da sich – neben den Beweisproblemen solcher subjektiver Merkmale – auch die Anbieter billiger und sofort erkennbarer Kopien damit herausreden können, der Käufer erkenne sofort die Fälschung und damit liege keine Täuschungsabsicht vor. Schließlich müsse ein solcher Sondertatbestand dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG genügen. Dies sei insbesondere bei dem vom GRUR e.V. geäußerten Vorschlag der Aufnahme eines qualifizierenden Tatbestandsmerkmals der „identischen oder nahezu identischen Nachahmung einer fremden Ware“ problematisch. Die Formulierung „nahezu identische Verletzung“ könne gegen das Bestimmtheitserfordernis verstoßen, da hierzu auch keine gesicherte Rechtspraxis im gewerblichen Rechtsschutz existiere. *Wölfel* empfiehlt die Aufnahme weiterer Kri-

¹³⁹⁷ Wölfel, Rechtsfolgen von Markenverletzungen, Kapitel V. B. II. (S. 176 - 181).

¹³⁹⁸ Wölfel, aaO, Kapitel V. B. II. 2. (S. 179).

¹³⁹⁹ Wölfel, aaO, Kapitel V. B. II. 2. (S. 180).

¹⁴⁰⁰ Vgl. Begründung zum Entwurf des PrPG, Bl. f. PMZ 1990, S. 173 (175).

terien, um dem Tatbestandsmerkmal schärfere Konturen zu verleihen.¹⁴⁰¹ Dies könnte durch die Aufnahme eines einschränkenden Satzes 2 des § 25d Abs. 2 WZG – erfolgen, der wie folgt lauten könnte:

„Eine nahezu identische Nachahmung liegt vor, wenn das verwendete Zeichen und die Ware oder Verpackung in wesentlichen Teilen mit denen des Berechtigten übereinstimmen, so dass der Anschein der Originalware erweckt wird.“¹⁴⁰²

3. *Braun*

Mit den bestehenden Strafvorschriften des WZG und den Neuregelungen durch das Produktpirateriegesetz 1990 hat sich auch *Braun* in seiner Dissertation aus dem Jahr 1993 auseinandergesetzt.¹⁴⁰³ Er geht dabei zunächst von der weitgehenden Strafwürdigkeit der Verletzung von Immaterialgüterrechten aus.¹⁴⁰⁴ Die massenhafte Aneignung fremden geistigen Eigentums zeige, dass die Mittel des Zivil- und Verwaltungsrechts nicht ausreichen. Dem durch verlockende Gewinnspannen, leichte Verletzlichkeit der Schutzrechte und dem vergleichsweise niedrigen Risiko der Entdeckung und der Verfolgung entstandenen Bedrohungspotential könne ohne die Mittel des Strafrechts kaum begegnet werden. Oftmals liege auch kein ausreichendes Vermögen beim Verletzer vor, so dass die zivilrechtlichen Ansprüche ins Leere gehen. Teilweise lohne sich die Verletzung sogar bei Inkaufnahme von Schadensersatzansprüchen. *Braun* ist der Ansicht, dass lediglich „minder schwere“ Rechtsverletzungen nicht strafwürdig sind und diese durch eine entsprechende Fassung des Tatbestandes ausgeschlossen werden müssen.¹⁴⁰⁵

Weiter bemängelt *Braun*, dass im neuen Markengesetz der Qualifikationstatbestand und damit die Maximalstrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe an das Merkmal der „Gewerbsmäßigkeit“ geknüpft wird. Diese Regelung lasse unberücksichtigt, dass nicht alle gewerbsmäßigen Schutzrechtsverletzungen Fälle von Produktpiraterie darstellen.¹⁴⁰⁶ Gewerbetreibende verwirklichten aber häufig die Qualifikation, da die Verletzung in ihren Betrieben oft fortgesetzt werde. Dies spreche für eine wiederholte Begehungsweise im Sinne des strafrechtlichen Ge-

¹⁴⁰¹ Wölfel aaO, Kapitel V. B. II. 3. (S. 183).

¹⁴⁰² Vgl. auch Anlage 1 – Tabelle der Strafvorschriften, L. 2.

¹⁴⁰³ Braun, Produktpiraterie, Rechtsschutz durch Zivil-, Straf- und Verwaltungsrecht sowie ausgewählte Probleme der Rechtsdurchsetzung.

¹⁴⁰⁴ Braun aao, 6. Kapitel, II. 3. (S. 328).

¹⁴⁰⁵ Braun aao, 6. Kapitel, III. 3. (S. 338).

¹⁴⁰⁶ Braun, aaO, 6. Kapitel, III. 3. (S. 337).

werbsmäßigkeitbegriffs. Das kriminelle Unrecht entspreche aber in vielen Fällen nicht der hohen Strafdrohung. Auch der im Gesetzesentwurf der Bundesregierung¹⁴⁰⁷ angeführte Verzicht auf eine Mindeststrafe trage diesem Gedanken nicht ausreichend Rechnung, da aus Rechtssicherheitsgründen nicht nur die Voraussetzungen eines Tatbestands, sondern auch dessen Rechtsfolgen so genau wie möglich bestimmt sein müssen. Im Ergebnis empfiehlt auch Braun, die erhöhte Strafdrohung von einem eigens geschaffenen Produktpiraterietatbestand abhängig zu machen.

Dieser Argumentation von Braun – und auch der von Wölfel, vgl. oben unter 2. – ist entgegenzuhalten, dass schon nach der Gesetzesbegründung nicht jede im Rahmen eines Gewerbebetriebs begangene Kennzeichenverletzung von der Qualifikation erfasst werden soll.¹⁴⁰⁸ Der neu eingeführte Begriff der Gewerbsmäßigkeit sollte helfen, einmalige oder gelegentlich begangene Straftaten von Handlungen solcher Täter zu unterscheiden, die praktisch das Begehen von Straftaten zu ihrem Gewerbe machen. Auch nach Auffassung des BGH soll – wie auch in den insoweit vergleichbaren¹⁴⁰⁹ Tatbeständen des §§ 243 Abs.1 Nr. 3, 260 StGB – das bloße Handeln im Rahmen eines Gewerbebetriebs weder gemeint noch erfasst sein.¹⁴¹⁰ Eine nur gelegentlich der Ausübung eines Gewerbebetriebs vorgenommene Kennzeichenverletzung ist damit noch nicht als gewerbsmäßig anzusehen.¹⁴¹¹ Aufgrund der langjährigen Rechtsprechung zu diesem Tatbestandsmerkmal, dass im Übrigen in allen Strafvorschriften des gewerblichen Rechtsschutzes und auch in internationalen Regelwerken – vgl. Art. 61 TRIPS – verwendet wird, ist die Gefahr einer Kriminalisierung von mehr oder weniger rechtschaffenen Unternehmern in dieser Hinsicht als relativ gering anzusehen. Auch kann der Strafrichter alle Tatumstände bei der Strafzumessung berücksichtigen. Das Tatbestandsmerkmal der Gewerbsmäßigkeit alleine ist nach diesseitiger Ansicht nicht das Hauptproblem des Markenstrafrechts, wenn auch zugegebenermaßen möglicherweise aus anderen noch unten C. zu erläuternden Gründen unpassend gewählt.

Als Alternative zur Schaffung eines Piraterietatbestands schlägt Braun vor, das Vorliegen eines qualifizierten Falls der Markenverletzung subjektiv an den direkten Vorsatz zu koppeln, um nämlich diejenigen Fälle aus der Qualifikation herauszunehmen, in denen die Grenzen des Schutzrechts „aus Unsicherheit überschritten werden“ oder nur geringes kriminelles Unrecht verwirklicht wird. Dies hätte zur Folge, dass der – bspw. nach einer Abmahnung – bedingt vorsätzlich

¹⁴⁰⁷ Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Produktpiraterie, BT-Ds. 11/4792, S. 24.

¹⁴⁰⁸ Begründung zum PrPG, Bl. f. PMZ 1990, 172 (179).

¹⁴⁰⁹ So zu § 25d WZG, Neumann, WZG, § 25d, RN 5.

¹⁴¹⁰ BGH vom 2. Dezember 1954, GA 1955, 212.

¹⁴¹¹ Meister, Aspekte der Produktpiraterie, WRP 1991, 137 (142).

handelnde Unternehmer, welcher den Eintritt der Markenverletzung im Rechtsinne billigt, nur noch nach dem Grundtatbestand bestraft werden kann. Braun erachtet in diesem Zusammenhang auch die Anhebung der Strafandrohung im Grundtatbestand auf bis zu drei Jahren im Rahmen des Produktpirateriegesetzes als nicht geboten, da sie den „herkömmlichen“ Schutzrechtsverletzer unnötig kriminalisiert.

Diese Argumentation ist nicht völlig von der Hand zu weisen und geht einher mit der aktuellen Entkriminalisierungsdiskussion, welche in vielen Bereichen des Strafrechts bereits Einzug gehalten hat. Gleichwohl lässt sich ihr entgegenhalten, dass bereits die existierenden Strafraumen nicht richtig ausgeschöpft werden. Eine weitere Absenkung des Strafmaßes könnte die Höhe der verhängten Strafen noch weiter beeinflussen, da die Strafrichter selten an die obere Grenze der zulässigen Strafe herangehen.¹⁴¹² Auch die Begründung zum Produktpirateriegesetz führt gerade als Mangel des bisherigen Rechts aus, dass die strafrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten – auch für den Grundtatbestand – zur schuldangemessenen und generalpräventiven Bestrafung nicht ausreichen, da so die vielfältigen Erscheinungsformen der Piraterie – die sich nicht in einen besonderen Tatebestand fassen lassen – am besten bekämpft werden könnten.¹⁴¹³ Des Weiteren sollten bei einer Änderung des Strafmaßes die bestehenden Regelungen der europäischen Länder berücksichtigt werden. In diesem Zusammenhang strebt die EU-Kommission ohnehin mittelfristig eine Harmonisierung der Strafraumen an.¹⁴¹⁴ Schließlich sollten Grundtatbestand und Qualifikation bzw. ein möglicher Sondertatbestand der Produktpiraterie in ihrer Strafandrohung nicht völlig voneinander abweichen, da sonst kein aufeinander abgestimmtes System von Sanktionsstufen entstehen kann. Auf den bedenkenswerten Vorschlag der Einführung des direkten Vorsatzes im Qualifikationstatbestand soll im Übrigen noch zurückgekommen werden (vgl. dazu unten C.).

4. Schmidl

Während sich die bisherigen Stellungnahmen hauptsächlich mit den bestehenden Zivil- und Strafnormen des Markenrechts auseinandersetzen und meist Modifikationen der bestehenden oder sogar die Schaffung neuer Spezialtatbestände fordern, geht Schmidl in seiner Arbeit einen anderen Weg, fordert nämlich erstmals eine einheitlich europäische Strafverfolgung von Markenverletzungen.¹⁴¹⁵

¹⁴¹² Flechsig, Neuüberlegungen zum Urheberrecht, GRUR 1978, 291.

¹⁴¹³ Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Produktpiraterie, Bl. f. PMZ 1990, Begründung A. I. und IV., B. I. 1, S. 173 und 175, S. 178.

¹⁴¹⁴ Vgl. dazu 6. Kapitel B. IV.

¹⁴¹⁵ Schmidl, Bekämpfung der Produktpiraterie.

Die Gründe für die seltene Anwendung des geltenden Rechts werden von ihm zum einen darin gesehen, dass die Initiative für das Vorgehen der Ermittlungsbehörden oftmals – mit Ausnahme der Qualifikation des § 143 Abs. 2 MarkenG – von den Schutzrechtsinhabern ausgehen muss. Auch wüssten die Strafverfolgungsbehörden oft nicht, wie mit der Verletzung eines gewerblichen Schutzrechts zu verfahren ist, und um welche Schäden es geht.¹⁴¹⁶ So sei z.B. mit einem der Markenpiraterie Verdächtigen ein Termin zur Durchsuchung seines Lagers vereinbart worden, wobei dann natürlich nichts aufgefunden wurde. Weiter bestehe die Schwierigkeit, den notwendigen Vorsatz nachzuweisen. Der größte Nachteil des geltenden Rechts liege aber darin, dass das Strafrecht nur eine durch die Sanktionierung indizierte Prävention hat und es für den Strafrichter somit keine Möglichkeit gibt, dem Schutzrechtsverletzer seine zukünftigen Handlungen zu verbieten. Auch das Fehlen einer Entschädigung für die Opfer wurde bemängelt, von den Möglichkeiten des Adhäsionsverfahrens werde nur wenig Gebrauch gemacht.¹⁴¹⁷ Die Gerichte seien schon mit der Beurteilung der markenstrafrechtlichen Sachverhalte überfordert, umso weniger könnten sie über Schadensersatzansprüche im Rahmen des Adhäsionsverfahrens befinden.

Anders sei die Situation in Frankreich, wo zahlreiche Unternehmen die Produktpiraterie gezielt mit dem Einsatz strafrechtlicher Mittel bekämpften.¹⁴¹⁸ Neben der Verhängung höherer Strafen – die auf der im Vergleich zu Deutschland grundverschiedenen Einstellung des Staates insbesondere zu französischen Luxusmarken beruhe – sei ein Vorteil des französischen Rechts, dass in Zusammenhang mit einem Urteil auch Entschädigungszahlungen an die Opfer verfügt werden können.¹⁴¹⁹ Positiv bei der Strafzumessung sei auch, dass sich im Wiederholungsfall der Markenverletzung die Geldstrafe verdoppelt.

Zur effektiven Bekämpfung von Markenverletzungen schlägt Schmidl die Schaffung international vergleichbarer Straftatbestände vor. Dies sei ein geeignetes Mittel, das gemeinsame Interesse der Staaten am Markenschutz zu manifestieren.¹⁴²⁰ Prädestiniert für einen solchen staatenübergreifenden Schutz sei die Gemeinschaftsmarke. Ein einheitliches europäisches Strafrecht könnte die Verletzung der Gemeinschaftsmarke sanktionieren. Denn der durch die Gemeinschaftsmarke gewährte einheitliche Schutz werde bislang auf strafrechtlicher E-

¹⁴¹⁶ Schmidl, Bekämpfung der Produktpiraterie, 3. Teil, A. III. 1. a) aa) (S. 138).

¹⁴¹⁷ Zu den Gründen siehe 4. Kapitel C. IV. 4.

¹⁴¹⁸ Jedoch spricht Goutal, Die strafrechtliche Verfolgung von Markenverletzungen in Frankreich, Symposium on Enforcement of Intellectual Property Rights and Patent Litigation, GRUR Int. 2002, 30 (34), nur von ca. 100 Strafverfahren pro Jahr in Frankreich.

¹⁴¹⁹ Schmidl, Bekämpfung der Produktpiraterie, 3. Teil, A. III. 1. b) bb) (S. 142).

¹⁴²⁰ Schmidl, Bekämpfung der Produktpiraterie, 3. Teil, A. III. 2. b) (S. 144).

bene durch die Vielgestaltigkeit nationaler Regelungen ersetzt, was sich negativ auf das Schutzniveau in den einzelnen Ländern auswirkt.

Die Gemeinschaft habe dabei zwei Möglichkeiten zur Rechtsgestaltung, nämlich zum einen die Anweisung der nationalen Gesetzgeber durch eine Richtlinie sowie zum anderen die Schaffung supranationaler Strafvorschriften. Erstere Möglichkeit werde durch Art. 100 EGV oder als *lex specialis* nach Art. 100a EGV legitimiert. Danach könne die Gemeinschaft die nationalen Gesetzgeber anweisen, ihr innerstaatliches Recht nach bestimmten Zielvorgaben zu verändern. Hierin liege die Möglichkeit, die Mitgliedsstaaten durch eine Richtlinie zur Verwirklichung eines europaweit einheitlichen strafrechtlichen Schutzes der Gemeinschaftsmarke zu veranlassen¹⁴²¹ oder zumindest die nationalen Strafrahmen zu harmonisieren. Diese Maßnahme soll nunmehr tatsächlich verwirklicht werden, da die EU-Kommission im Rahmen des bereits im 6. Kapitel erläuterten Aktionsplans gegen Produktpiraterie mittelfristig die Mindeststrafen der einzelnen Strafnormen der nationalen Markengesetze harmonisieren will.

Die zweite Möglichkeit eines europaweit einheitlichen Strafschutzes von Kennzeichnungen bestehe in der Schaffung supranationaler Strafnormen. Die Befugnis dazu ergäbe sich aus Art. 235 EGV.¹⁴²² Dies führe auch nicht zu einer unzulässigen Vertragsänderung¹⁴²³, da die EG schon die grundsätzliche Möglichkeit hatte, mit Erlass der VO Nr. (EG) 40/94 alle materiell-rechtlichen Fragen bezüglich der Gemeinschaftsmarke zu regeln. Das weitere Problem der möglicherweise fehlenden Kompetenz¹⁴²⁴ der Gemeinschaft zur Schaffung von Strafnormen löst Schmidl, indem er sich darauf beruft, dass gemäß der Rechtsprechung des EuGH das Strafrecht nicht schlechthin aus dem Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts ausgeschlossen ist. Vielmehr müsse die EG prinzipiell in den Bereichen, in denen sie die Befugnis zur materiellen Rechtssetzung habe, auch die für die Durchsetzung ihrer Vorschriften angemessene Sanktionen schaffen können.¹⁴²⁵ Welche Lösung für die Verwirklichung dieser Ziele notwendig ist, habe nach Auffassung des EuGH der Gemeinschaftsgesetzgeber zu entscheiden.¹⁴²⁶ Verfassungsrechtliche Probleme hinsichtlich der Rechtssetzungsbefugnis, die sich aus dem „*nullum crimen*“ Grundsatz ergeben, sind nach Ansicht Schmidls durch eine

¹⁴²¹ Schmidl, Bekämpfung der Produktpiraterie, 3. Teil, B. 2. b) bb) (1) (S. 169).

¹⁴²² Schmidl, Bekämpfung der Produktpiraterie, 3. Teil, B. 2. c) cc) a.E. (S. 177).

¹⁴²³ Gemäß der Maastricht-Entscheidung des BVerfG vom 12. Oktober 1993, BVerfGE 89, 155.

¹⁴²⁴ Diese Kompetenz wird von den meisten Autoren abgelehnt, z.B. Fezer, MarkenR, § 143a RN 2.

Begründet wird dies meist pauschal mit dem mangelnden Souveränitätsverzicht der Nationalstaaten in den Römischen Verträgen, der keine strafrechtlichen Regelungen der Gemeinschaft zulässt.

¹⁴²⁵ Schmidl, Bekämpfung der Produktpiraterie, 3. Teil, B. II. 2. c) aa) (S. 171).

¹⁴²⁶ EuGH vom 27. Oktober 1992, C-240/90 (Bundesrepublik Deutschland/Kommission), NJW 1993, 47.

stärkere Einbindung des Europäischen Parlaments im strafgesetzlichen Bereich zu lösen.¹⁴²⁷

Der Umfang einer solchen europäischen Strafnorm solle sich an den nationalen Vorschriften orientieren. Die Begründung anderer Strafen oder Sanktionsmaßstäbe sei nicht angezeigt, da die Gemeinschaftsmarke sich funktional nicht von den nationalen Schutzrechten unterscheide. Daher seien die verfassungsrechtlichen Bedenken zumindest im tatsächlichen Bereich bedeutungslos, da ein gegen alle Grundprinzipien verstoßender Tatbestand kaum zu erwarten sei.¹⁴²⁸

Diese Vorschläge sind teilweise sehr weitsichtig und für die weitere Entwicklung des Europäischen Markenrechts durchaus erwägenswert. Gleichwohl sind sie im derzeitigen Stadium der europäischen Integration wohl noch nicht durchsetzbar. Ein erster Schritt – wie auch bereits von der Kommission angedacht – sollte aber auf jeden Fall die Harmonisierung der nationalen Strafgesetze sein mit dem Ziel, das europaweit geltende Schutzniveau von Kennzeichnungen weiter zu erhöhen und zu vereinheitlichen. Danach müsste die Kommission den europaweit einheitlichen Strafschutz der Gemeinschaftsmarke durch die nationalen Markengesetze anstreben. Als letzte Stufe der Rechtsvereinheitlichung könnte die Integration einer Gemeinschaftsstrafnorm in die GMV stehen, wobei die Bestimmung der zuständigen Gerichte den Mitgliedsstaaten überlassen bleibt. Diesbezüglich muss jedoch die Kompetenz der EU eindeutig geklärt sein. Denn in dem von Schmidl angesprochenen Urteil des EuGH hat dieser festgestellt, dass der dort strittige Leistungsausschluss gerade keine Strafsanktion darstellt. Insofern wurde auch nicht abschließend über die Zuständigkeit der Gemeinschaft auf dem Gebiet des Strafrechts entschieden.¹⁴²⁹

5. Wegfall des Strafantragserfordernisses

Aufgrund mancher Schwierigkeiten bei der Verfolgung von Antrags- und Privatklagedelikten im Bereich des geistigen Eigentums wurde in der Vergangenheit von einigen Autoren gefordert, diese Delikte zu Offizialdelikten umzugestalten.¹⁴³⁰ Begründet wurde dies u.a. mit der Gleichstellung von gegenständlichem und geistigem Eigentum, was eine Verfolgung von Amts wegen geradezu bedingt.¹⁴³¹ Die notwendige Aufwertung der Leistungsschutzrechte werde verhin-

¹⁴²⁷ Schmidl, Bekämpfung der Produktpiraterie, 3. Teil, B. II. 3. c) (S. 186).

¹⁴²⁸ Schmidl, a.a.O.

¹⁴²⁹ EuGH vom 27. Oktober 1992, C-240/90 (Bundesrepublik Deutschland/Kommission) RN 25 und 26, NJW 1993, 47 (48), vgl. auch die Anmerkung von Tiedemann zu diesem Urteil, NJW 1993, 49.

¹⁴³⁰ So bspw. von Flechsig, Koeweins, Rochlitz, Spautz und Weber, Nachweise bei Braun, Produktpiraterie, 6. Kapitel, III. 3. (S. 344).

¹⁴³¹ Flechsig, Neuüberlegungen zum Urheberrecht, III., GRUR 1978, 287 (291).

dert, wenn man das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung nur bei erheblichen Verletzungen bejaht.

Üblicherweise wird ein Strafantragserfordernis jedoch nur in den Fällen für notwendig gehalten, in denen die Mehrheit der Verstöße gegen die betreffende Strafnorm eine unbedeutende Erscheinungsform aufweist.¹⁴³² Braun bejaht dies für die Grundtatbestände der gewerblichen Schutzrechte, da bei gewerbsmäßiger Verletzung bereits der Qualifikationstatbestand erfüllt ist. Folglich lehnt er die Umgestaltung zu reinen Amtsermittlungsdelikten ab.¹⁴³³ Für das Grunddelikt verbleiben eher die einfacheren Fälle, bei denen eine Bestrafung mehr dem Bedürfnis der Betroffenen als dem Bedürfnis der Allgemeinheit dient.

Diesen Argumenten ist zuzustimmen. Aufgrund der Zivilakzessorität der markenstrafrechtlichen Regelungen ist momentan nahezu jedwede vorsätzliche Markenverletzung strafbar. Insofern wird in den Tatbestand des § 143 MarkenG – zumindest potentiell – eine Vielzahl von Handlungsweisen einbezogen, die nur vergleichsweise geringes Unrecht darstellen. Insofern dient die Verfolgung der Mehrheit der Verstöße dem Interesse des Markeninhabers und weniger der Allgemeinheit. Überdies ist für den Bereich des Markenrechts anzumerken, dass die Frage des Strafantragserfordernisses in der Praxis nicht (mehr) von gesteigerter Bedeutung ist. Nach den Erkenntnissen des Verfassers bejaht die Staatsanwaltschaft mittlerweile recht häufig das öffentliche Interesse in geeigneten Fällen bzw. bittet zumindest den Schutzrechtsinhaber nach Bekanntwerden der Tat, im Rahmen der Feststellung, ob es sich z.B. um gefälschte Markenware handelt, auch gleich einen Strafantrag zu stellen. Schließlich soll nach der hier vertretenen Auffassung ohnehin keine weitere Kriminalisierung der „leichteren“ Fälle von Markenverletzungen vorgenommen werden, so dass der Wegfall des Strafantragserfordernisses nicht als notwendig erachtet wird.

6. Sonstige Stellungnahmen

Von den zahlreichen weiteren Autoren, die sich mit der Strafverfolgung von Kennzeichenverletzungen befasst haben, hat sich vor allem *Meister* mit seinen Ausführungen zur Verteidigung von Marken hervorgetan.¹⁴³⁴ Auch *Meister* versucht zwischen herkömmlichen Schutzrechtsverletzungen und Produktpiraterie zu unterscheiden. Erstere beruhe häufig auf Irrtümern, geschehe im alltäglichen Wettbewerb und sei durch Unklarheit in der Beurteilung der Schutzrechtslage gekennzeichnet. Bei der Produktpiraterie dagegen bilde die Leistungsübernahme

¹⁴³² Weber, Der strafrechtliche Schutz des Urheberrechts, 5. Kapitel, § 23 C. (S. 438 f).

¹⁴³³ Braun, Produktpiraterie, Kapitel 6 IV. 3. (S. 344).

¹⁴³⁴ Meister, Leistungsschutz und Produktpiraterie: Fragmente zu einem Phänomen, 1990; derselbe: Die Verteidigung von Marken. Eine Skizze zum neuen Recht, WRP 1995, 366.

ohne eigene Leistung den eigentlichen Kern der Betätigung. Allerdings seien die Grenzen fließend und letztlich könne man ebenso gut von einem besonders schweren Fall der Schutzrechtsverletzung sprechen.¹⁴³⁵ Auf diese den Praktikern vertraute und dem Kernstrafrecht häufig verwendete Formulierung soll noch zurückgekommen werden.

Meister weist aber auch darauf hin, dass – anders als im sonstigen Strafrecht – im gewerblichen Rechtsschutz selbst kürzeste Freiheitsstrafen eine besonders starke Wirkung haben, die meist kaufmännisch handelnden Täter nämlich vom Ort ihrer Wirkungsstätte, dem Unternehmen, weggeholt werden.¹⁴³⁶

In diesem Zusammenhang ist schließlich noch der Vorschlag von *Winter* aus dem Jahre 1981 erwähnenswert, der ebenfalls – und insofern immer noch aktuell – die weite Fassung der Straftatbestände kritisierte. So werde der bedingt vorsätzlich – „auf gut Glück“ – handelnde Markenverletzer, der eine Verletzung am Rande des Schutzbereichs herbeiführt, genauso bestraft wie ein echter Markenpirat, nämlich nach den damaligen §§ 24 Abs. 3, 25 Abs. 3 WZG mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen oder mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten.¹⁴³⁷ *Winter* schlug zur Lösung dieses Problems die Einführung eines vom zivilrechtlichen Unterlassungsgebot losgelösten Tatbestands vor, der an der offensichtlich zur Täuschung des Verbrauchers geeigneten Nachahmung einer eingetragenen und ernsthaft benutzten Marke anknüpfen sollte, auch fahrlässige Begehungsformen umfasste und bei Vorsatz fühlbar härtere Strafen vorsah.

C. Einbettung des Markenstrafrechts in die Europäischen und Internationalen Vorgaben

I. Berücksichtigung von Art. 61 TRIPS, Ergebnisse der AIPPI-Tagung 2002 in Lissabon

1. Allgemeines

Jeder Vorschlag zur Änderung der Straftatbestände des Markenrechts muss immer auch die internationale – und für die Mitgliedsstaaten rechtsverbindliche – Bestimmung des Art. 61 TRIPS berücksichtigen. Dieser enthält die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, bei vorsätzlicher Nachahmung von Markenwaren in ge-

¹⁴³⁵ Meister, Aspekte der Produktpiraterie, WRP 1991, 137 (138 und 139).

¹⁴³⁶ Meister, Aspekte der Produktpiraterie, WRP 1991, 137 (142).

¹⁴³⁷ Winter, Die internationale Markenpiraterie - Ein Prüfstein unseres Rechts gegen den Missbrauch des freien Warenverkehrs, GRUR 1981, 782 (785).

werbsmäßigem Umfang Strafverfahren und Strafen vorzusehen, wobei die Strafen denjenigen von Delikten vergleichbarer Bedeutung entsprechen sollen.¹⁴³⁸ Damit soll u.a. ein vergleichbares Schutzniveau in allen Vertragsstaaten erreicht werden.

In diesem Zusammenhang hat sich die internationale Vereinigung zum Schutz der gewerblichen Schutzrechte AIPPI¹⁴³⁹ in jüngster Vergangenheit mit den strafrechtlichen Sanktionen bei der Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums beschäftigt, indem sie diese Frage bei der Tagung des geschäftsführenden Ausschusses im Jahre 2002 in Lissabon erörtert hatte. Zur Vorbereitung der Konferenz wurden die Landesgruppen aufgefordert, Berichte über die Umsetzung des Art. 61 TRIPS in das nationale Recht zu erstellen. Aufgrund der Relevanz für die hier vorliegende Arbeit soll der Bericht der deutschen Landesgruppe kurz dargestellt werden.

2. *Bericht der deutschen Landesgruppe*

Vorab ist anzumerken, dass die deutsche Landesgruppe bereits im Jahre 1986 die Unwirksamkeit des geltenden Rechts für die Fälle der Markenpiraterie bemängelt hatte.¹⁴⁴⁰ In dem neuen Bericht wurde erneut festgestellt, dass von den existierenden Strafraumen nicht ausreichend Gebrauch gemacht wird.¹⁴⁴¹ Ein Grund dafür liege in der deutschen Gerichtsorganisation. So würden die Staatsanwaltschaften aufgrund des maximalen Strafmaßes von fünf Jahren Anklage meist nur beim zuständigen Amtsgericht erheben. Da die Amtsgerichte jedoch nur Freiheitsstrafe bis zu vier Jahren verhängen könnten, würden die Verurteilungen selbst in schwereren Fällen schon systembedingt geringer ausfallen. Ein Erreichen der Höchststrafe von fünf Jahren bleibe damit nur theoretisch. Auch bestehe nur ein geringer Anreiz für den Staatsanwalt, Anklage beim Landgericht zu erheben, da das Verfahren vor der Strafkammer erheblich aufwendiger sei.

Insgesamt ist die Gruppe aber der Auffassung, dass das deutsche Recht den Anforderungen des Art. 61 TRIPS genügt und auch in vielen Aspekten darüber hinausgeht. Einzige Ausnahme sei die Verpflichtung zur Schaffung eines Strafraumes, der mit Delikten entsprechender Bedeutung vergleichbar ist. Die Landesgruppe hält dieses Kriterium für nicht erfüllt, was schon ein Vergleich mit den Vorschriften des Diebstahls zeige. Einfacher Diebstahl werde mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, gewerbsmäßiger Diebstahl mit

¹⁴³⁸ Zum TRIPS-Abkommen vgl. 6. Kapitel C. II.

¹⁴³⁹ International Association for the Protection of Intellectual Property, gegründet bereits im Jahre 1897.

¹⁴⁴⁰ Knaak/Tilman, Maßnahmen gegen die Nachahmung von Markenwaren, GRUR Int. 1986, 336.

¹⁴⁴¹ Cremer, Strafrechtliche Sanktionen bei der Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums (Q 169), GRUR Int. 2002, 511.

Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu zehn Jahren und Bandendiebstahl von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Auch bei der Hehlerei seien diese Strafen möglich. Ein Markenverletzer, der vorsätzlich schutzrechtsverletzende Ware aufkauft, um sie weiter zu veräußern, handelt letztlich nicht anders als ein Hehler gestohlenen geistigen Eigentums. Da die gewerblichen Schutzrechte jedoch sehr wertvolle Vermögensgegenstände sind, verdienen sie den gleichen Schutz wie das Sacheigentum oder das sonstige Vermögen.¹⁴⁴²

Im Ergebnis wird gefordert, dieses historisch begründete Defizit¹⁴⁴³ zu beseitigen und die Strafdrohung auf bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe anzuheben. Gleichzeitig wird vorgeschlagen, auch die grob fahrlässige Markenverletzung strafbewehrt zu gestalten. Denn oftmals sei die Einlassung der Täter nicht widerlegbar, sie hätten das verletzte Schutzrecht nicht gekannt. Würde man zivilrechtliche Maßstäbe anlegen, nach denen Hersteller und Vertreiber verpflichtet sind, die Schutzrechtssituation zu prüfen, könnte eine Verletzung dieser Prüfungspflicht auch eine Strafbarkeit begründen.

3. *Entschließung der AIPPI*

Nach Analyse der einzelnen Länderberichte kam die AIPPI zu dem Ergebnis¹⁴⁴⁴, dass die überwiegende Anzahl der Länder strafrechtliche Sanktionen gegen Markenverletzungen vorsehen, wobei die üblichen strafrechtlichen Sanktionen der Geld- und Freiheitsstrafe zur Anwendung kommen. Mit den Rechtssystemen besteht grundsätzlich Zufriedenheit, es bestehen keine speziellen Verbesserungsvorschläge. Lediglich vereinzelt sei von den Landesgruppen eine Verschärfung der nationalen Strafvorschriften gewünscht worden, so vor allem in Italien. Kritik wurde stattdessen am gegenwärtigen Zustand der Rechtsdurchsetzung geübt, dass nämlich in der Praxis nicht sehr häufig Strafverfahren durchgeführt werden. Auch seien bei den Strafrichtern oftmals keine besonderen Erfahrungen mit Strafverfahren des geistigen Eigentums vorhanden. Demzufolge werde das mögliche Strafmaß nicht immer ausgeschöpft.

Größere Unterschiede als im materiellen Recht bestünden auch hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung der Strafverfahren. So werde die Frage, ob der Strafrichter die Befugnis hat, selbst die Gültigkeit eines Schutzrechts zu beurteilen, in vielen Ländern unterschiedlich geregelt. Insofern sei es am vernünftigsten, keine

¹⁴⁴² Cremer, aaO, 513.

¹⁴⁴³ Laut Cremer, aaO, 513, hat sich der historische Gesetzgeber des Jahres 1990 gescheut, die Höchstfreiheitsstrafe von sechs Monaten sofort auf zehn Jahre anzuheben.

¹⁴⁴⁴ Der zusammenfassende Bericht kann auf der Internet-Seite der AIPPI (www.aippi.org) unter dem Menüpunkt: „Publications, Online Publications, Reports of AIPPI meetings, Summary Report of Executive Committee Meeting 2002, (Q 169)“ herunter geladen werden.

Aussetzung des Strafverfahrens zu verlangen, sondern dem Richter die Möglichkeit zu geben, die Wirksamkeit bspw. einer Marke selbst zu beurteilen. Damit könnten unnötige Verzögerungen aufgrund der Unterbrechung von Strafverfahren bis zur Entscheidung im Zivilverfahren vermieden werden. Weiter wurde die Befugnis des Strafrichters angedacht, dem Opfer von Verletzungshandlungen Schadensersatzzahlungen zuzuerkennen. Schließlich hält die AIPPI die Teilnahme von Zivilrichtern an Strafverfahren für wünschenswert. Damit könnten die Kompetenzen der Gerichte geteilt werden. Aus all diesen Erwägungen heraus fasste der geschäftsführende Ausschuss in Bezug auf Markenverletzungen u.a. die Entschlüsse¹⁴⁴⁵, dass

- Strafverfahren und Strafen in den Fällen der vorsätzlichen Markennachahmung oder –verletzung verfügbar sein müssen;
- die beschuldigte Person die fehlende Rechtsbeständigkeit des Schutzrechts geltend machen kann, die Strafgerichte für den Zweck des Verfahrens über diese Frage entscheiden können, oder zumindest das Verfahren aussetzen, bis die Rechtsbeständigkeit von einer zuständigen Stelle festgestellt ist;
- die in Betracht zu ziehenden Strafen einschließen können: Freiheitsstrafe, Geldstrafe, Urteilsveröffentlichung auf Kosten des Verletzers, Zerstörung der Fälschungen sowie der Werkzeuge, gemeinnützige Arbeit, Schließung des Unternehmens des Verletzers;
- alle Unterlagen eines Strafverfahrens in sich ggf. anschließenden Zivilverfahren benutzt werden können; und
- die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Rechtsverletzungen sich nur auf diejenigen Verantwortlichen der juristischen Personen erstrecken kann, die vorsätzlich gehandelt haben; ferner auf die Körperschaften, welche sie beschäftigen.

II. Vorhaben der EU

1. Begleit- und Folgemaßnahmen zur Richtlinie 2004/48/EG

Basierend auf den im 5. Kapitel dargestellten Ergebnissen der auf Basis des Grünbuchs Produktpiraterie von der Kommission¹⁴⁴⁶ durchgeführten Umfrage wurde von ihr am 30. November 2000 eine Reihe von Maßnahmen vorgeschlagen, mit denen die Bekämpfung von Nachahmungen und Produkt- und Dienstleistungspiraterie im Binnenmarkt intensiviert werden soll. Dabei sind neben der

¹⁴⁴⁵ Vom 21. Juni 2002, www.aippi.org, Publications, Online publications, Reports of AIPPI meetings, Resolutions of the Executive Committee meeting 2002, Q 169.

¹⁴⁴⁶ EG-Dok. KOM 98/559 endg. vom 15. Oktober 1998, nachfolgend „Grünbuch“.

im 6. Kapitel erläuterten und mittlerweile in Kraft getretenen Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums vor allem Schulungen für Mitarbeiter der Strafverfolgungsbehörden sowie Aufklärungs- und Sensibilisierungskampagnen für die Öffentlichkeit geplant. In einem zweiten Schritt soll erörtert werden, ob Vorschläge zur Harmonisierung der Mindeststrafen sowie der Strafverfahren im Kennzeichenrecht erforderlich sind. In diesem Zusammenhang ist auch angedacht, die Kompetenzen von Europol in diesem Bereich zu erweitern. Ferner sollen Strukturen aufgebaut werden, die es ermöglichen, auf einschlägige Entscheidungen der nationalen Gerichte zuzugreifen. Schließlich will man Verfahren für die Zusammenarbeit zwischen den zuständigen nationalen Behörden einerseits, sowie zwischen den staatlichen Stellen und den Schutzrechtsinhabern andererseits entwickeln.

Diese Maßnahmen sind sehr zu begrüßen, denn nur ein europaweit einheitliches Vorgehen sowohl bei der Normsetzung als auch bei der Rechtsdurchsetzung und den begleitenden Maßnahmen kann eine lückenlose Front gegen Markenverletzer schaffen. Aufgrund des häufig grenzüberschreitenden Charakters von Markenverletzungen und der Tatsache, dass die schutzrechtsverletzenden Waren meist nicht in Deutschland, sondern im Ausland hergestellt werden, ist die Gewährleistung eines einheitlichen Schutzniveaus von Kennzeichen – im Idealfall orientiert an den Ländern mit effektiven Strafnormen und einer hohen Verfolgungsintensität – mittelfristig wichtiger als die Schaffung einzelner länderspezifischer Rechtsnormen, seien diese auch besonders scharf und deren Verfolgung besonders effektiv. Konkret gilt aber das zu den Vorschlägen von Schmidl oben unter B. III. 4. gesagte, dass nämlich einer der wichtigsten Schritte die Harmonisierung der nationalen Strafgesetze sein sollte. Im Anschluss daran müsste die Kommission den europaweit einheitlichen Strafschutz der Gemeinschaftsmarke durch die nationalen Markengesetze anstreben. Als letzte Stufe der Rechtsvereinheitlichung könnte die Integration einer Gemeinschaftsstrafnorm in die GMV stehen. Damit einhergehen müssen alle sonstigen begleitenden Maßnahmen zur Verhinderung der weiteren Ausbreitung der vorsätzlichen Schutzrechtsverletzungen.

2. *Europäischer Haftbefehl*

Eine weitere nicht zu unterschätzende Maßnahme zur Bekämpfung der grenzüberschreitenden Markenverletzungen ist die Schaffung des sog. europäischen Haftbefehls. Damit können nunmehr Straftäter, die sich der Strafverfolgung in einem Vertragsstaat entziehen wollen, leichter ihrer Bestrafung zugeführt werden und sich nicht hinter bürokratischen Verfahren verstecken. Der europäische Haftbefehl erleichtert und beschleunigt die Auslieferung von Straftätern innerhalb der EU-Mitgliedsstaaten. Nur noch das zuständige Gericht eines Landes entscheidet über die Auslieferung, die Justizministerien müssen die Entscheidung nicht mehr

bestätigen. Zu den 32 Katalogstraftaten, bei denen die Bestimmungen des europäischen Haftbefehls angewendet werden können, gehören auch die „Produktpiraterie und Nachahmung“.¹⁴⁴⁷

Der europäische Haftbefehl sollte ursprünglich am 1. Januar 2004 in Kraft treten, bis zu diesem Zeitpunkt sollten die EU-Staaten die Regelungen in nationales Recht umgesetzt haben. Der Bundestag hat jedoch das Gesetz über den europäischen Haftbefehl nach Einspruch des Bundesrates erst am 16. Juni 2004 beschlossen, so dass ein Inkrafttreten erst am 23. August 2004 erfolgen konnte.¹⁴⁴⁸

Konkret sieht der deutsche Gesetzentwurf für das Auslieferungsverfahren vor, dass betroffene Bundesbürger, die in einem anderen EU-Mitgliedsstaat rechtskräftig zu einer Haftstrafe verurteilt werden sollen, nur dann ausgeliefert werden, wenn sie die Haftstrafe auch in Deutschland verbüßen können. Insgesamt soll das komplexe Verfahren der Ausweisung vermieden werden und das Vertrauen in die gegenseitige Arbeit der Polizei und der Justiz gestärkt werden. Gerade für grenzüberschreitende Schutzrechtsverletzungen ist diese Möglichkeit ein weiterer Mosaikstein auf dem Weg zu einer europäischen Strafverfolgung von Kennzeichenstrafsachen. In Zukunft können Markenverletzer, die sich in das europäische Ausland abgesetzt haben, einfacher in Deutschland vor Gericht gestellt werden.

D. Anregungen zur effektiven Ausgestaltung des Markenstrafrechts

Zum Abschluss der Arbeit soll nachfolgend zunächst ein Resümee der Erkenntnisse dieser Untersuchung gezogen werden (dazu I.). Anschließend wird kurz die geänderte Auffassung von der Aufgabe des Strafrechts in der Gesellschaft dargestellt. In diesen Rahmen muss sich auch das Markenstrafrecht einfügen, denn ungeachtet der Zunahme von Schutzrechtsverletzungen steht das Markenstrafrecht nicht außerhalb der gesellschaftlichen Diskussion um Sinn und Zweck von Strafen (dazu II.). Zusammenfassend werden schließlich Anregungen zur Modifikation der Straftatbestände des Markenrechts unterbreitet, um nämlich eine möglicherweise einfachere und vor allem differenziertere Strafverfolgung zu ermöglichen. In diesem Zusammenhang soll auch auf wünschenswerte verfahrensrechtliche Änderungen sowie mit der Bestrafung verbundene Begleitmaßnahmen eingegangen werden (dazu III.).

¹⁴⁴⁷ Art. 2 Abs. 2 RbEuHb.

¹⁴⁴⁸ Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Europäisches Haftbefehlgesetz EuHbG, BGBl. I 1748 vom 26. Juli 2004.

I. Resümee der Untersuchung

Bei der im 2. *Kapitel* angestellten Betrachtung der Geschichte des Markenstrafrechts hat sich gezeigt, dass sich das Verständnis von Marken und deren Schutzzweck im Laufe der Zeit erheblich gewandelt hat. Ausgehend von einem vorrangig an den Interessen der Abnehmerschaft und der Allgemeinheit ausgerichteten strafrechtlich-gewerbepolizeilichen Markenschutz verkörpert die Marke heute ein umfassendes Herkunfts- und Qualitätsversprechen in Bezug auf die damit verbundenen Waren oder Dienstleistungen. Mit ihr können umfassende Botschaften vermittelt werden, es findet gleichsam eine Kommunikation mit dem Verbraucher statt.

Dieses Vordringen der Privatautonomie schlägt sich in den zum Schutz von Zeichen erlassenen Gesetzen nieder. Zwar enthielten alle seit 1874 in Deutschland erlassenen Markengesetze Strafvorschriften zur Sanktionierung von vorsätzlichen Zeichenverletzungen, zur Ahndung von Verletzungshandlungen wurden aber ganz überwiegend die zivilrechtlichen Ansprüche wie Unterlassung, Auskunft und Schadensersatz herangezogen. Eine erste Rückbesinnung auf die strafrechtlichen Möglichkeiten erfolgte erst mit den durch das Produktpirateriegesetz im Jahre 1990 vorgenommenen Änderungen der Schutzgesetze des gewerblichen Rechtsschutzes, mit denen die strafrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten erweitert und verschärft wurden.

Diese neue Philosophie wurde weiter geführt mit dem neuen Markengesetz 1994, das nunmehr – wie im 3. *Kapitel* untersucht – Marken, geschäftliche Bezeichnungen und geographische Herkunftsangaben sehr umfassend gegen nahezu jede Art von vorsätzlichen Verletzungshandlungen schützt. Aufgrund der Einbeziehung zahlreicher ehemals nur als Vorbereitung zur Tat angesehener Handlungen bleiben gerade bei den besonders von Nachahmung betroffenen Marken allenfalls unbedeutende Lücken.

In rechtlicher Hinsicht ist festzuhalten, dass die Straftatbestände des Markenrechts trotz ihrer aufgrund der umfassenden Bezugnahme in den §§ 143, 143a und 144 auf die §§ 14, 15 und 127 MarkenG zunächst als sehr weit und wenig greifbar empfundenen Fassung grundsätzlich den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Bestimmtheitsgebots nach Art. 103 Abs. 2 GG, §§ 1 StGB, 3 OWiG genügen. Insbesondere bereitet die Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen wie die Verwechslungsgefahr und deren einzelner Faktoren aufgrund der zentralen Stellung dieser Elemente im Kennzeichenrecht, der langjährigen Rechtsprechungspraxis zu den einzelnen Fallgruppen und der schon im Wortlaut intendierten und dem Verkehr auch ersichtlichen Bedeutung keine Schwierigkeiten. Gleiches gilt für die Einbeziehung der gedanklichen Verbindung, welche nicht die Strafbarkeit erweitert. Sofern es zur Strafverfolgung von umstrittenen Randfällen der Verwechslungsgefahr kommt, ist ggf. eine verfassungskonforme Auslegung

der einzelnen Tatbestandsmerkmale vorzunehmen, wobei die Grenze der Auslegung stets der noch mögliche Wortsinn sein muss und keine Analogien zu Lasten des Täters zulässig sind.

Aus diesen Gründen ist auch der Strafschutz von bekannten Marken und geschäftlichen Bezeichnungen nur außerhalb des Bereichs der Waren-/Dienstleistungsähnlichkeit möglich. Zudem ist eine hinreichende Bestimmtheit nur bei den Tatbestandsalternativen der Beeinträchtigung oder der Ausnutzung der Wertschätzung gegeben. Die Bedeutung dieser seit langem existierenden und vom Gesetzgeber nunmehr in § 14 Abs. 2 Nr. 3 kodifizierten Rufschädigungs- und Rufausbeutungstatbestände ist zunächst schon im Wortlaut angelegt. Aus diesem kann der Täter erkennen, dass einerseits die Übertragung negativer Vorstellungen auf die Marke (Beeinträchtigung der Wertschätzung) sowie andererseits ein Imagetransfer (Ausnutzung der Wertschätzung) stattfinden müssen. Genauer Inhalt und insbesondere die Grenzen dieser Fallgruppen können durch eine umfangreiche, stringente und langjährige Rechtsprechung bestimmt werden. Der Rechtsgehalt dieser Tatbestände hat sich somit hinreichend breit entfaltet. Ein ganz besonders ausgeprägtes Einzelfallrecht besteht nicht, so dass die Gefahr einer willkürlichen Entscheidung des Strafrichters nicht zu befürchten ist.

Dagegen ist bei den Fallgruppen der Ausnutzung oder der Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft von Marken oder geschäftlichen Bezeichnungen kein abgrenzbarer Anwendungsbereich erkennbar. Schon nach dem Wortlaut wird die Unterscheidungskraft einer Kennzeichnung durch jede Drittbenutzung eines hinreichend ähnlichen Zeichens berührt. Hinzu kommt die bislang uneinheitliche Beurteilung und Abgrenzung dieser Tatbestandsalternativen durch die Lehre. Den einschlägigen Entscheidungen der Gerichte sind keine Kriterien zu entnehmen, an denen sich das Vorliegen einer strafbaren Kennzeichenverwässerung (Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft) oder einer Aufmerksamkeitsausbeutung (Ausnutzung der Unterscheidungskraft) festmachen lässt. Vielmehr wird bislang das Bestehen einer Verwässerung oder einer Aufmerksamkeitsausbeutung meist pauschal bejaht. Da schließlich auch die vom BGH und anderen Obergerichten im Zivilrecht vorgenommene Schutzbereichsbeschränkung durch das Erfordernis einer „greifbaren“ Beeinträchtigung des bekannten Zeichens nicht zur Bestimmung geeignet ist, kann die Reichweite dieser Tatbestandsalternativen nicht zweifelsfrei festgestellt werden. Hieran ändert auch das Erfordernis der Handlung in unlauterer Weise bzw. die in subjektiver Hinsicht notwendige absichtliche Begehung nichts, da sie zwar den Anwendungsbereich der Norm einengen, jedoch keine weitere Präzisierung der problematischen Tatbestandsmerkmale herbeiführen.

Im Ergebnis können die §§ 143 Abs. 1 Nr. 2, 3b und 5 nur insoweit Grundlage der strafrechtlichen Sanktionierung einer Tat sein, als zumindest eine Beeinträchtigung der Wertschätzung der Marke oder der geschäftlichen Bezeichnung festgestellt werden kann. Die beiden anderen Alternativen können bei deren alleinigen

Vorliegen aufgrund der mangelnden Bestimmtheit zu einer Verurteilung nicht herangezogen werden. Entsprechendes gilt für die strafbare Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft einer gHA in § 144 Abs. 1 Nr. 2. Auch hier kann der Täter nur bei gleichzeitigem Vorliegen einer Rufausnutzung oder -beeinträchtigung belangt werden.

Alle weiteren Tatbestandsalternativen der §§ 143 ff., insbesondere die Qualifikation der gewerbsmäßigen Handlungsweise in § 143 Abs. 2, die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen in § 143 Abs. 1 Nr. 3, die Versuchsstrafbarkeiten in §§ 143 Abs. 3, 143a Abs. 2 i.V.m. 143 Abs. 3 sowie 144 Abs. 3, die Einbeziehung des besonderen Schutzes von gHA nach einer VO gem. § 137 sowie der geplante Schutz der gemeinschaftsrechtlichen gHA in § 144 sind in verfassungsrechtlicher Hinsicht ebenso zulässig wie die Bußgeldvorschrift des § 145.

Sofern der Anfangsverdacht einer Verletzung der §§ 143 ff. vorliegt, kann ein Ermittlungsverfahren eingeleitet werden. Wie im 4. Kapitel erläutert bestehen dabei wenige Besonderheiten im Vergleich zu Ermittlungen bei kernstrafrechtlichen Tatbeständen. Insbesondere Maßnahmen zur Beweisgewinnung und -sicherung nach den §§ 102, 105 und 94 StPO können zur Ermittlung der Tatumstände eingesetzt werden.

In tatsächlicher Hinsicht hat sich bei der im 5. Kapitel vorgenommenen Betrachtung der vorhandenen Statistiken sowie der eigenen Befragung gezeigt, dass die Bedeutung der markenstrafrechtlichen Vorschriften in den letzten zehn Jahren nachweisbar zugenommen hat. Ermittlungsverfahren im Kennzeichenstrafrecht gehören zwar nicht zum Alltagsgeschäft der Staatsanwälte, werden jedoch immer wieder durchgeführt. Dabei handelt es sich meist um Fälle offensichtlicher Schutzrechtsverletzungen, bei denen allenfalls die im Einzelfall behauptete Privatnutzung oder der Vorsatznachweis problematisch erscheint. Viele Zeichenverletzungen werden nunmehr auch über das Internet begangen, etwa durch das Anbieten schutzrechtsverletzender Waren auf Auktionsplattformen wie „ebay“. Diese Verfahren können zügig bearbeitet werden und werden häufig wegen Geringfügigkeit oder gegen Auflagen in durchschnittlicher Höhe zwischen EUR 100 und EUR 2.000 eingestellt. Bei größerem Ausmaß der Schutzrechtsverletzung oder Wiederholungstätern wird vor dem zuständigen Amtsgericht angeklagt, wobei sehr häufig das Strafbefehlsverfahren zur Anwendung kommt. Insgesamt werden ca. 60% der Verfahren eingestellt. Eine Anklage beim Landgericht erfolgt dagegen äußerst selten.

Insgesamt wurden in den Jahren 2001 und 2002 genau 254 bzw. 201 gerichtliche Verfahren im Markenstrafrecht verzeichnet. Soweit eine Verurteilung erfolgte, wurde in über 90% der Fälle eine Geldstrafe angeordnet. Dabei lag die Geldstrafe meist unter EUR 2.500 – max. 90 Tagessätze bei einem Satz von EUR 25,60 –, womit sich beileibe keine Abschreckung gewinnorientierter Täter erzielen lässt. Freiheitsstrafen sind sehr selten, nach der Strafverfolgungsstatistik gab es in den

Jahren 2001 und 2002 bei insgesamt 305 Verurteilungen nur 14 solcher Fälle (4,6%). Dies liegt weit unter der Quote von 10 bis 20% an Freiheitsstrafen im sonstigen Wirtschaftsstrafrecht. Bei den Nebenstrafen kommt nur der Verfall und die Einziehung zu Anwendung, die Bedeutung der öffentlichen Bekanntmachung oder von sonstigen Maßnahmen ist sehr gering.

Neben der Strafbarkeit der Verwendung von identischen oder hochgradig ähnlichen Zeichen für identische oder ähnliche Waren/Dienstleistungen und der vereinzelt auch vorkommenden Verurteilung nach § 144 spielen Verfahren wegen der Ausnutzung oder Beeinträchtigung bekannter Marken, geschäftlicher Bezeichnungen oder von gHA keine oder nur eine sehr untergeordnete Rolle. Dies gilt auch für den Versuch der Tat im Falle des § 143, was in der weitgehenden Vollendungsstrafbarkeit begründet liegt. Schließlich kommt auch jenen Fällen, in denen gewerbliche Konkurrenten bedingt vorsätzlich gerade noch verwechselbar ähnliche Kennzeichen verwenden oder sich zwar absichtlich, aber nicht unbedingt in krimineller Weise den Ruf eines bekannten Zeichens zunutze machen wollen, im Strafverfahren fast keine Bedeutung zu. Sie werden scheinbar ganz überwiegend zivilrechtlich abgehandelt.

Anwendungsprobleme der Ermittlungsbehörden gibt es bei den Strafvorschriften des Markenrechts nur wenige. So werden die §§ 143 ff. in ihrem Aufbau oftmals als zu kompliziert empfunden. Soweit möglich wird auf „griffigere“ und bekanntere Vorschriften wie die Betrugstatbestände oder die Straftatbestände des Urheberrechts zurückgegriffen. Die sonstigen Probleme erschöpfen sich in dem bei zahlreichen Delikten des Nebenstrafrechts bestehenden Problem mangelnder Anwendungsroutine sowie in den fast überall fehlenden personellen Ressourcen. Diese Tatsachen lassen den Verfolgungswillen und die Verfolgungsintensität bei den nach wie vor häufig als Randerscheinung der Kriminalität angesehenen Kennzeichendelikten weiter absinken. Damit einher geht eine pragmatische, aber oft auch schematische und schnelle Bearbeitung von Verletzungsverfahren.

Bei den mit der Umfrage des Verfassers nachgefragten Verbesserungsmöglichkeiten wird von mehr als zwei Dritteln der Rechtsanwender die Bereinigung des Strafnormen auf die praktisch wichtigsten Tatbestandsalternativen zur Schaffung klarer tatbestandlicher Voraussetzungen gefordert. Gleich danach folgt die Intensivierung der Zusammenarbeit der Ermittlungsbehörden mit den Rechteinhabern und dem Zoll. Für weniger sinnvoll gehalten wird dagegen die Einführung eines besonderen Produktpiraterietatbestands oder der Fahrlässigkeits- oder Unternehmensstrafbarkeit. Aufgrund der zusätzlichen Arbeitsbelastung sowie der prognostizierten mangelnden Effektivität wird schließlich die Aufnahme weiterer Nebenstrafen wie die Schließung von Ladenlokalen oder die Verhängung von Berufsverboten mehrheitlich abgelehnt.

Im Lichte dieser Erkenntnisse steht die grundsätzliche Existenzberechtigung der Strafvorschriften des Markenrechts außer Frage. Wenn es sich auch bei der Mehr-

zahl der Verfahren um – routinemäßig abzuarbeitende – Nachahmungen von Alltags- und Konsumgütern handelt, gibt es gleichwohl Fälle, in denen von kennzeichenverletzenden Waren erhebliche Gefahren für die Allgemeinheit ausgehen können. Da gerade mit der Nachahmung solcher Waren – bspw. Arzneimitteln oder Ersatzteilen für Transportmittel – erhebliche Gewinne erzielt werden können, ist ein schnelles und konsequentes strafrechtliches Vorgehen notwendig. Dies dürfte den Ermittlungsbehörden auch bewusst sein, selbst wenn die Bereitschaft der Gerichte zur Verhängung hoher Geld- oder sogar Freiheitsstrafen noch relativ gering zu sein scheint. Dies geht natürlich einher mit den von den Staatsanwälten beantragten Strafen, die ebenfalls hinter den rechtlichen Möglichkeiten zurückbleiben.

Insofern bewahrheitet sich die bereits von Ingerl/Rohnke geäußerte Feststellung, dass der theoretische Anwendungsbereich der §§ 143 ff. MarkenG zwar zahlreiche bislang nur zivilrechtlich verfolgte Kennzeichenverletzungen erfasst, die tatsächliche Anwendung aber dahinter weit zurückbleibt und auch die Strafbarkeit außerhalb der Produktpiraterie kaum ernst genommen wird.¹⁴⁴⁹ Angesichts dieses Auseinanderfallens zwischen den sehr weiten Tatbestandsfassungen und deren eingeschränkter Anwendung in der Rechtspraxis stellt sich die Frage, ob durch eine Beschränkung oder Vereinfachung der Strafvorschriften nicht die im vorherigen Kapitel dargestellten verfassungsrechtlichen Beanstandungen beseitigt werden können, ohne den Verfolgungsbehörden ihre Rechtsgrundlage für die umfassende Verfolgung geeigneter Fälle von Kennzeichenverletzungen zu nehmen. Möglicherweise führen einfacher strukturierte und enger gefasste Tatbestände sogar zu einer besseren Akzeptanz des Markenstrafrechts.

Abschließend bleibt anzumerken, dass die im 6. Kapitel vorgenommene Einordnung des deutschen Markenstrafrechts in den europäischen- und internationalen Kontext ergeben hat, dass die strafrechtliche Verfolgung von vorsätzlichen Markenverletzern derzeit noch vorrangig im nationalen Rahmen erfolgen muss. Lediglich den europäischen Grenzbeschlagnahmeregeln kommt ein großer Einfluss bei der Verhinderung der Einfuhr von kennzeichenverletzenden Waren zu. Ansonsten haben die internationalen und europäischen Normen bislang nur einen mittelbaren Einfluss, in dem sie die Rechtsvorschriften der Vertrags- bzw. Mitgliedsstaaten harmonisieren und so die Möglichkeit der Markenpiraten unterbinden, sich in Ländern mit einem geringen Schutzniveau oder einer geringen Verfolgungsintensität zu betätigen. Insbesondere hat leider auch die im Sommer 2004 erlassene Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums nicht die erhoffte Verschärfung des strafrechtlichen Sanktionenkatalogs gebracht, da die ursprünglich angedachten Maßnahmen ersatzlos aus ihr gestrichen wurden. Es bleibt zu hoffen, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber diese

¹⁴⁴⁹ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 143 RN 13.

Erwägungen wieder aufgreift und auch die Idee einer Richtlinie zur Harmonisierung des Strafmaßes bei Markenverletzungen weiter verfolgt.

Denn zwar bleibt bei Beleuchtung der in anderen europäischen Ländern geltenden Strafnormen festzuhalten, dass Kennzeichen bis auf Luxemburg in allen Ländern der EU der 15 umfassend gegen die typischen Verletzungshandlungen geschützt sind. Erhebliche Abweichungen gibt es aber vor allem bei der Höhe der Sanktionen. So ist für Verwirklichung der Grundtatbestände der Kennzeichenverletzung in einigen Ländern schon von Gesetzes wegen nur eine Geldstrafe vorgesehen, nämlich in Dänemark, Finnland und Österreich. Sofern auch Freiheitsstrafen möglich sind, beträgt die maximale Dauer für den Grundtatbestand der Markenverletzung zwischen sechs Monaten und fünf Jahren. Auch die Höchststrafen im Falle der Qualifikation bzw. des schwersten Delikts differieren stark, reichen nämlich von Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bis zu zehn Jahren.

II. Funktion und Zweck des Markenstrafrechts

1. *Berücksichtigung der geänderten Auffassung über die Aufgaben des Strafrechts*

In der Reichsstrafprozessordnung von 1877 war der Verfolgungs- und Anklagezwang der Staatsanwaltschaft noch nahezu ausnahmslos verwirklicht. Er bildete das Korrelat zur damals herrschenden Vergeltungsidee, nach der der Staat zur Verwirklichung absoluter Gerechtigkeit jede Straftat auch zu bestrafen hatte.¹⁴⁵⁰

Als Bestrafung vorgesehen waren überwiegend Freiheitsstrafen. Erst später kam in der Gesellschaft die Vorstellung eines auch präventiv orientierten Strafrechts zum Tragen, dass die Bestrafung nämlich auch dazu dienen sollte, weitere Kriminalität durch den Täter selbst oder durch andere zu verhüten.¹⁴⁵¹

Schon seit der Einführung des StGB vollzog sich ein langsamer Wandel in der Auffassung des Verhältnisses zwischen Bürgern und Staat. Mit Schaffung des Grundgesetzes wurde der Umfang des Strafrechts eingegrenzt. Strafrecht wird nunmehr nur als ein Mittel der sozialen Kontrolle neben anderen angesehen und soll wegen der damit verbundenen tiefen Eingriffe in Freiheit, Ansehen und Einkommen der Betroffenen möglichst sparsam verwendet werden.¹⁴⁵² Aber auch die Notwendigkeit der Beschränkung des Strafrechts durch die Grundsätze des

¹⁴⁵⁰ Heinz, Das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionierungspraxis in Deutschland, Internet-Publikation: www.uni-konstanz.de/rff/kis/sanks99.htm, Version 1/2002, 2.1.2. (letzter Seitenbesuch am 15. September 2004).

¹⁴⁵¹ Zur Reform des Sanktionensystems vgl. Heinz, aaO, 2.2.1

¹⁴⁵² Jeschek, Strafrecht AT, Einführung, S. 12

Rechtsstaats und die Erkenntnis, dass nicht alles, was für die Bekämpfung von Rechtsverletzungen effektiv erscheint, auch gerecht ist, sind heute Allgemeingut geworden.¹⁴⁵³ Das Opportunitätsprinzip wurde immer weiter ausgebaut, seit Einführung des § 153a StPO durch das EGStGB im Jahre 1974 wurde auch im allgemeinen Strafrecht die Möglichkeit geschaffen, nach Ausübung pflichtgemäßen Ermessens ein Strafverfahren bei Erfüllung von Auflagen oder Weisungen einzustellen. Des Weiteren löste die Geldstrafe die Freiheitsstrafe als häufigste Straform ab. Diese durch die §§ 153 ff. StPO sich ergebenden Möglichkeiten wurden 1993 durch das Rechtspflegeentlastungsgesetz erneut erweitert und dadurch „der Praxis die Möglichkeit zu geben, auch im Bereich der mittleren Kriminalität von der Erhebung der öffentlichen Klage gegen Auflagen und Weisungen abzusehen“.¹⁴⁵⁴ Den vorläufigen Abschluss der Entwicklungen bildet der im Dezember 2000 veröffentlichte Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Sanktionenrechts mit dem Ziel, den Gerichten im Bereich kleiner und mittlerer Kriminalität in geeigneter Weise und mit spezialpräventiver Zielrichtung auf den Täter einzuwirken.¹⁴⁵⁵

Auch in der politischen und öffentlichen Diskussion wird – im Gegensatz zum Markenstrafrecht, wo von den interessierten Kreisen fast immer eine Verschärfung der strafrechtlichen Sanktionen gefordert wird – vielerorts über eine Entkriminalisierung von bestimmten Verhaltensweisen nachgedacht. So wird bei der sog. Massen- und Bagatellkriminalität wie z.B. dem Schwarzfahren oder dem Ladendiebstahl¹⁴⁵⁶ seit einigen Jahren diskutiert, diese Normen vom Strafrecht in das Ordnungswidrigkeitenrecht einzustufen. Die Verfahren sollen dadurch bürokratieärmer gestaltet werden, um die Justiz für die Verfolgung vermeintlich schwererer Straftaten zu entlasten. Solche Delikte sollen im Rahmen der Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems verwaltungsintern bestraft werden und durch Maßnahmen wie Geldbußen nach § 17 OWiG oder neu einzuführenden Strafgeldern, Fahrverboten auch bei Delikten, bei denen ein Fahrzeug nicht benutzt wurde, sowie durch gemeinnützige Arbeit sanktioniert werden.

¹⁴⁵³ Heinz, aaO, 1.

¹⁴⁵⁴ Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege vom 27. September 1991, BT-Ds. 21/1217, S. 34.

¹⁴⁵⁵ Der bereits in der 14. Legislaturperiode eingebrachte Entwurf konnte nicht abschließend beraten werden und wurde daher in der aktuellen 15. Periode in überarbeiteter Form wieder eingebracht. Zwischenzeitlich wurde dieser Entwurf – BT-Ds 15/2725 – in erster Lesung beraten (am 1. April 2004) und danach an die Ausschüsse überwiesen.

¹⁴⁵⁶ Über 47% aller in Deutschland registrierten Strafverfahren (6.264.723) sind Diebstahlsdelikte (im Jahr 2000 insgesamt 2.983.269 Fälle), davon wiederum über 20% Diebstähle in/ aus Warenhäusern (insgesamt 601.116), Quelle, polizeiliche Kriminalstatistik 2000, 2.1.1. und 3.6.

Die Gegenansicht ist der Auffassung, dass mit solchen Maßnahmen dem sozial-schädlichen Verhalten ein Damm gebaut wird und dass die Regelungen der §§ 153, 153a StPO ausreichen, zumindest die Gerichte zu entlasten. Auch dadurch könne eine Entkriminalisierung bewirkt werden. Die Entscheidung über die Notwendigkeit einer Weiterführung des Verfahrens bleibt dann bei der Staatsanwaltschaft oder den Gerichten und wird nicht schon im Vorfeld getroffen.

Im Ergebnis muss ein Gleichgewicht zwischen Prävention und Ahndung von Straftaten geschaffen werden. Denn das Interesse der staatlichen Gemeinschaft an der Erhaltung ihrer Grundwerte und an der Bewahrung des Rechtsfriedens innerhalb der Gesellschaft kann nur dadurch Rechnung getragen werden, dass die Rechtsordnung bestimmte sozialschädliche Verhaltensweisen bei Strafe verbietet.¹⁴⁵⁷

2. *Bedeutung für das Markenstrafrecht*

Der Umgang mit Sanktionen im Falle von Fehlverhalten ist eine Grundfrage jeder Gesellschaft. Das Strafrecht als Kodifikation solcher Sanktionsnormen hat die Funktion des Schutzes der verfassungsmäßig abgesicherten Rechtsgüter vor unrechtmäßigen Eingriffen und trägt somit zur Befriedung bei.¹⁴⁵⁸ Konkret wird die Verhinderung weiterer Taten durch Abschreckung anderer (sog. Generalprävention) sowie das Abhalten des konkreten Täters von zukünftigen Vergehen (sog. Spezialprävention) bezweckt. Darüber hinaus ist es dem Täter aber auch zu ermöglichen, sich wieder in die Gesellschaft zu integrieren und sich in Zukunft sozialadäquat zu verhalten. Schließlich soll eine Bestrafung zugefügtes Unrecht soweit möglich ausgleichen, aber auch vergelten (sog. Sühne- und Vergeltungsfunktion). In Ausnahmefällen kann aber schließlich geringes Unrecht toleriert werden, ggf. in Verbindung mit Wiedergutmachungshandlungen.

Speziell für die Wirtschaftskriminalität ist Rolle und Funktion des Strafrechts zur Prävention nach wie vor umstritten. Überwiegend wird in diesem Bereich noch mehr davon ausgegangen, dass dem Strafrecht nur eine subsidiäre Rolle als ultima ratio zukommt. Gleichwohl ist nicht geklärt, in welchen wirtschaftlichen Konstellationen eher zivil-, eher verwaltungs- oder eher strafrechtliche Regeln bzw. Kombinationen hiervon wirksam sind.¹⁴⁵⁹ Dennoch hat der Gesetzgeber durch die in den letzten zehn Jahren verstärkte Schaffung von vielfältigen Strafnormen im Wirtschaftsstrafrecht den klassischen Kernbereich der zwingend durch das Strafrecht geschützten Güter wie Gesundheit, Freiheit, Persönlichkeitsentfaltung und Vermögen verlassen, um nämlich unerwünschte gesellschaftliche

¹⁴⁵⁷ BVerfG vom 19. Juni 1979, BVerfGE 51, 324 (343)

¹⁴⁵⁸ Wessels/Beulke, Strafrecht AT, § 1 I 1.

¹⁴⁵⁹ Erster Periodischer Sicherheitsbericht 2001, 2.4.7.5 (S. 157/158).

Entwicklungen zu kriminalisieren oder bestehende Sanktionen zu verschärfen. Oftmals geschieht dies vor allem aus politischen Erwägungen und zur Beruhigung der Bürger bzw. der Wirtschaft.

Bezogen auf den Bereich der gewerblichen Schutzrechte ist unbestritten, dass auf die Herausforderung der stark ansteigenden Anzahl von Markenverletzungen reagiert werden muss. Gleichwohl braucht dies nicht notwendig in jedem Fall mit Kriminalstrafen verbunden zu sein. So steht die grundsätzliche Strafbarkeit von vorsätzlichen Markenverletzungen angesichts der stark gestiegenen Kriminalität und der immensen Schäden außer Frage; sie wird zudem schon durch internationales Recht – und wohl bald auch durch Gemeinschaftsrecht – vorgeschrieben, Art. 61 TRIPS. Jedoch geht, wie bei der Erörterung der Tatbestände deutlich wurde, der theoretische Anwendungsbereich der § 143 ff. MarkenG weit darüber hinaus. Denn neben den gewerbsmäßigen und meist massenhaften Schutzrechtsverletzungen ist auch für vom Rechtsgefühl her „harmlosere“ Verletzungshandlungen die Strafbarkeit eröffnet. Man denke bspw. an den Rechtsstreit „Vienetta“ von Langnese gegen „cafe au lait“ von Schöller, wo um den „Blättereis-Effekt“ und das „Wellendesign“ des Eises gestritten wurde.¹⁴⁶⁰ Auf diese Merkmale erhob Langnese den alleinigen Anspruch. In erster Instanz nur auf wettbewerbswidrige Nachahmung gestützt, berief Langnese sich in der Berufungsinstanz auch auf § 14 Abs. 2 Nr. 2, 4 Nr. 2 MarkenG. Wäre eine Verurteilung von Schöller erfolgt, hätte man zumindest theoretisch auch an eine Strafbarkeit wegen Kennzeichenverletzung denken können.

Erfasst werden somit ganz unterschiedliche Abstufungen von Verletzungen wie z.B. das Domain-Grabbing, aber auch die bedingt vorsätzliche Verwendung eines zu einer Marke oder einer geschäftlichen Bezeichnung gerade noch verwechselbar ähnlichen Zeichens. Zwar werden diese Fälle regelmäßig nicht bestraft, die grundsätzliche Strafbarkeit ist aber gesetzlich festgelegt und spätestens nach Stellung eines Strafantrags müssen Ermittlungen erfolgen. In rechtspolitischer Hinsicht ist daher zu fragen, ob nicht die Rechtsrealität, nämlich die oft angemahnte Bedeutungslosigkeit der markenstrafrechtlichen Regelungen außerhalb der Piraterie, mit der gesetzlichen Regelung – fast alle Fälle von vorsätzlichen Markenverletzungen sind strafbar – auseinander fällt.

Zur Auflösung dieses Konflikts könnte man zunächst daran denken, die Strafbarkeit auf die „eindeutigen“ Fälle der Benutzung einer identischen oder nahezu identischen Kennzeichnung für gleiche oder ähnliche Waren oder Dienstleistungen zu beschränken. Randfälle müssten dann zivilrechtlich verfolgt werden. Dies würde eine stärkere Beachtung des ultima ratio Grundsatzes mit sich bringen und den Strafverfolgungsbehörden eine vergleichsweise einfache Rechtsanwendung ermöglichen. Zudem könnte man den auf vielen Gebieten des Strafrechts anzu-

¹⁴⁶⁰ BGH vom 19. Oktober 2000, GRUR 2001, 443.

treffenden Entkriminalisierungstendenzen in Bezug auf leichte und mittlere Kriminalität Rechnung tragen sowie die Justiz von vermeintlichen „Bagatellfällen“ entlasten. Damit einhergehen müsste dann eine schärfere Sanktionierung der Fälle, in denen bspw. das Erscheinungsbild der Markenwaren übernommen wird. Hier wäre hinsichtlich der Tatbestandsformulierung an den in der Vergangenheit häufig geforderten zusätzlichen Produktpiraterietatbestands zu denken.

Nachteil einer solchen Bereinigung bzw. Aufspaltung der Tatbestände ist zunächst der Verlust an Flexibilität. Zwar wurde aufgezeigt, dass gerade die weite, verschachtelte und an einigen Stellen vergleichsweise unpräzise Formulierung der markenstrafrechtlichen Straftatbestände sowie der Verweis auf die zivilrechtlichen Unterlassungsnormen häufig mehr von der Anwendung abschreckt als sie fördert. Umgekehrt muss aber auch sichergestellt werden, dass kein strafwürdiges Unrecht außen vor bleibt. Hinzu kommt, dass auch im Markenrecht ein mehr oder weniger lückenloser Zivilrechtsschutz noch kein Grund für einen Verzicht auf Strafvorschriften ist. Denn trotz der Mitverfolgung präventiver Gesichtspunkte – Schadensverhütung durch Abschreckung vor Rechtsverletzungen – steht im Zivilrecht der Ausgleichsgedanke deutlich im Vordergrund.¹⁴⁶¹ Auch gibt es Fälle, in denen ein Täter die Gefahr einer zivilrechtlichen Verfolgung nicht fürchten muss, da bei ihm „nichts zu holen“ ist. Eine Verurteilung zur Schadenersatzzahlung geht dann ins Leere. Schließlich ist die geringe praktische Bedeutung einer Strafnorm kein Argument gegen die Existenz solcher Vorschriften, denn diese kann – wie im Verlauf der Untersuchung deutlich wurde – die unterschiedlichsten Gründe haben. Strafvorschriften müssen vielmehr immer dann geschaffen werden, wenn die in Frage stehenden Rechtsgüter kraft ihrer Bedeutung Strafrechtsschutz verdienen.¹⁴⁶²

Diese letztlich wohl unbestrittene Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit von Kennzeichenrechten hat zur Konsequenz, dass die grundsätzliche Strafbarkeit einfacher Markenverletzungen nicht völlig aufgegeben werden darf. Wesentlich ist hierbei vor allem, dass – wie schon von *Meister* oben in Abschnitt B. III. 6. aufgezeigt – sich nicht immer eine saubere Trennungslinie zwischen Fällen einfacher Schutzrechtsverletzungen und Markenpirateriefällen (im Sinne einer nahezu vollständigen Leistungsübernahme des Zeicheninhabers) ziehen lässt. Insofern können aber auch vermeintliche „Bagatelltaten“ nicht völlig aus dem Anwendungsbereich einer Strafnorm ausgeschieden werden. Ansonsten wäre möglicherweise überhaupt keine Sanktionierung entsprechender Verletzungsfälle mehr möglich.

Sofern also nur eine leichte Beeinträchtigung der älteren Kennzeichnung vorliegt – bspw. eine gerade noch ähnliche Kennzeichnung für gerade noch ähnliche Wa-

¹⁴⁶¹ Weber, Der strafrechtliche Schutz des Urheberrechts, 5. Kapitel, § 23 A. (S. 424).

¹⁴⁶² Weber, aaO, 425.

ren benutzt wird – oder nur ein geringfügiger Schaden entstanden ist, müssen die bestehenden Regelungen des §§ 153 ff. StPO ausreichen, dass insofern geringe Tatunrecht zu berücksichtigen. Auch das Antragerfordernis im Falle des §§ 143 Abs. 1, 143a Abs. 2 i.v.m. 143 Abs. 4 MarkenG sowie die Verweisung auf den Privatklageweg sind in diesen Fällen als Korrektiv genügend. Zu denken wäre allenfalls an eine zusätzliche Tatfolgen-Ausnahmeregelung im Sinne des § 60 StGB. Dies würde eine – abschreckende – Verurteilung bei gleichzeitigem Absehen von Strafe ermöglichen.¹⁴⁶³ Ähnliches kann indes auch mit der häufigeren Anwendung der Verwarnung mit Strafvorbehalt erreicht werden, § 59 StGB.¹⁴⁶⁴ Es bestehen insofern verfahrensrechtlich genug Möglichkeiten, in einfachen Fällen von einer Sanktion abzusehen, sofern es denn tatsächlich zu einer Strafverfolgung kommt.

Eine Umgestaltung der Strafnormen zwecks ihrer Vereinfachung, der stärkeren Differenzierung der Tathandlungen und des damit verbundenen Unrechts bleibt dagegen auf jeden Fall wünschenswert.

III. Schlussfolgerungen

Auf Grundlage der in diesem Kapitel gewonnenen Erkenntnisse soll nachfolgend versucht werden, Vorschläge zu einer Modifikation der Straftatbestände des Kennzeichenrechts zu machen. Dazu werden einzelne Ansatzpunkte erläutert und diese sodann zu einem modifizierten Straftatbestand des § 143 MarkenG zusammengefasst (dazu 1.). Da das Problem der mangelnden Anwendung der markenstrafrechtlichen Regeln jedoch – wie schon verschiedentlich erwähnt – nicht vorrangig im materiellen Recht liegt, werden auch einige Verbesserungsmöglichkeiten im Verfahrensrecht sowie hinsichtlich wünschenswerter Begleitmaßnahmen und -anordnungen unterbreitet (dazu 2. und 3.).

1. Materiell-rechtliche Modifikationen des Markengesetzes

a) Änderungen der objektiven Tatbestände

Im Vordergrund jeder Änderung des Kennzeichenstrafrechts muss der Gedanke stehen, dass noch der eigentliche Nachahmungsakt, nämlich das Versehen der Ware mit der rechtsverletzenden Kennzeichnung¹⁴⁶⁵ als strafbare Handlung erhalten bleibt. Alle weiteren Tathandlungen wie die verschiedenen Formen des „In-

¹⁴⁶³ Dazu näher unten III. 1. e).

¹⁴⁶⁴ Vgl. 4. Kapitel D. I. 3.

¹⁴⁶⁵ Knaak, Die nationalen und internationalen Arbeiten gegen die Markenpiraterie GRUR Int. 1988, 1 (5).

verkehrbringens“ der gekennzeichneten Waren, der gewerbliche Besitz, die Einfuhr aber auch die Kennzeichnung von Verpackungen etc. sind Hilfskonstruktionen, um bspw. den von der Herkunftstäuschung profitierenden weiteren Tätern Herr zu werden. Der Gesetzgeber hat allerdings deutlich gemacht, dass er diese Handlungen ebenfalls als strafwürdig ansieht.

Gleichwohl hat die Untersuchung gezeigt, dass die existierenden weiten Tatbestände nicht nur teilweise verfassungsrechtliche Probleme mit sich bringen, sondern auch in ihren Randbereichen, etwa beim Versuch oder dem erweiterten Schutz bekannter Zeichen, kaum jemals angewandt werden. Insofern ist im Lichte der Untersuchungsergebnisse anzuraten, schon beim Grundtatbestand einerseits nur die verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden und andererseits die tatsächlich relevanten Tatbestandsvarianten beizubehalten. Konkret muss aber neben der Strafbarkeit der identischen Benutzung eines Zeichens auch das Tatbestandsmerkmal der Verwechslungsgefahr im Grundtatbestand verbleiben. Nur so kann die notwendige Flexibilität bei der Beurteilung der vielgestaltigen Erscheinungsformen von Kennzeichenverletzungen erhalten werden. Es ist eine der wesentlichen Grundsätze des gewerblichen Rechtsschutzes generell, dass dieser sich nicht auf Fälle der vollständigen oder nahezu vollständigen Verletzung beschränkt, sondern einen mehr oder weniger weiten Ähnlichkeitsbereich mit einbezieht.¹⁴⁶⁶ Nichts anderes kann im Strafrecht gelten, wenn man von der grundsätzlichen Strafwürdigkeit auch von „einfachen“ vorsätzlichen Kennzeichenverletzungen ausgeht. Der Begriff ist durch die langjährige Rechtsprechung so etabliert, dass eine hinreichende Bestimmbarkeit vorliegt, die dem Täter verdeutlicht, was genau verboten ist und was nicht. Seine Verwendung in einem Straftatbestand begegnet keinen Bedenken.

Des Weiteren ist auch im Strafrecht zu berücksichtigen, dass Kennzeichenverletzungen oftmals außerhalb des Bereichs der Waren-/Dienstleistungsähnlichkeit stattfinden. Hier wird vom Täter die in dem Ruf eines bekannten Zeichens angelegte Möglichkeit der Benutzungsausweitung auf andere Waren oder Dienstleistungen vorweggenommen, umnämlich rechtswidrig neue Produktkategorien gegen den Willen des Zeicheninhabers „zu erschließen“. Diese bislang in § 143 Abs. 1 Nr. 1 2. Alt. MarkenG geregelten Rufausnutzungs- oder -ausbeutungsfälle sollten weiterhin strafrechtlich sanktionierbar sein, zumal festgestellt werden konnte, dass auch hier noch eine hinreichende Bestimmbarkeit des Anwendungsbereichs vorliegt. Eine andere Betrachtung ist dagegen bei den in ihrer Reichweite nicht sicher zu bestimmenden, nicht langjährig in ihren Grenzen etablierten und schon vom natürlichen Wortlaut sehr vagen Tatbeständen der Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft angezeigt. Diese Varianten sollten der zivilrechtlichen Klärung überlassen bleiben.

¹⁴⁶⁶ Stellungnahme des GRUR e.V. zum Grünbuch der EU-Kommission, GRUR 1999, 560 (561).

Die Strafbarkeit der Anbringung der älteren Marke auf Aufmachungen, Kennzeichnungsmitteln, Verpackungen etc., bislang in § 143 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG geregelt, kann ebenfalls aufrechterhalten werden. Sofern der Gesetzgeber die Ausschlussrechte des Kennzeicheninhabers auch in diesen Fällen eingreifen lassen will, er solche Vorbereitungshandlungen also als schutzwürdig ansieht, ist diese Entscheidung hinzunehmen. Zusätzlich gilt, dass diese Tatbestände erkennbar auf absichtlich handelnde Schutzrechtsverletzer und Markenpirateriefälle abzielen und auch in verfassungsrechtlicher Hinsicht ausreichend bestimmt sind.

Dagegen ist für den Bereich des qualifizierten Tatbestands die Herbeiführung einer Verwechslungsgefahr nicht unbedingt alleintypisch für schwere Fälle von Markenverletzungen. Hier ist neben dem vom Gesetzgeber bislang zusätzlich verwendeten persönlichen Merkmal der „gewerbsmäßigen“ Handlungsweise stärker zu berücksichtigen, dass die schweren Fälle von Markenverletzungen meist nicht nur durch eine identische oder nahezu identische Übernahme des älteren Zeichens, sondern vor allem auch durch Erwecken des Anscheins der Originalware durch identische oder nahezu identische Nachahmung wesentlicher Merkmale der Erscheinungsform derselben oder deren Umverpackung gekennzeichnet sind.¹⁴⁶⁷ Dazu treten häufig eine subjektive Fälschungsabsicht oder sogar eine bandenmäßige Tatausführung.¹⁴⁶⁸ All diese Fälle könnte man durch Umgestaltung der Qualifikation des § 143 Abs. 2 MarkenG in einen „besonders schweren Fall der Markenverletzung“, verbunden mit der Aufnahme von Regelbeispielen, einbeziehen. Dies würde eine Annäherung an die Forderung nach einem Sondertatbestand der Produktpiraterie bedeuten, ohne sich aber der notwendigen Flexibilität bei der Erfassung der unterschiedlichsten Arten von Kennzeichenverletzungen zu entledigen.

Diese gesetzestechnische Ausgestaltung hätte den weiteren – und in ihrer psychologischen Wirkung nicht zu unterschätzenden – Vorteil, dass sie sich am schweren Diebstahl des § 243 StGB und insoweit an einem den Strafverfolgungsbehörden in der Anwendung vertrauten Tatbestand anlehnt. Sie wirkt der oftmals bemängelten Konturenlosigkeit des Qualifikationstatbestandes entgegen, die zu einer mangelnden Anwendung führt. Die Strafverfolgungsbehörden sowie das Gericht erhalten durch die Regelbeispiele einen Hinweis auf den Grad des Unrechts und der Schuld und somit weitere Anhaltspunkte für die Bewertung der Tat.¹⁴⁶⁹

Aufgrund dieser dann klareren Vorgaben bei der Identifizierung von schwereren Fällen von Kennzeichenverletzungen ließen sich die aufgrund der ansonsten uneinheitlichen Definition von „Produktpiraterie“ etc. Unsicherheiten in der

¹⁴⁶⁷ Zur Verfassungsmäßigkeit dieser Formulierung vgl. Wölfel, Rechtsfolgen von Markenverletzungen, 5. Kapitel B. II. 3. (S. 184).

¹⁴⁶⁸ Vgl. dazu 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB.

¹⁴⁶⁹ Tröndle/Fischer, StGB, § 12 RN 11.

Rechtsanwendung beseitigen. Zudem würde eine stärkere Differenzierung zum Grundtatbestand der einfachen Kennzeichenverletzung, der zudem als Auffangtatbestand dienen kann, hergestellt.

Der Tatsache, dass trotzdem nicht jede dieser Begehungsarten immer ein schweres Tatunrecht widerspiegelt, also bspw. nicht jede gewerbsmäßige Kennzeichenverletzung einen Fall der Produktpiraterie darstellt¹⁴⁷⁰, wird ebenfalls Rechnung getragen. Denn die Verwirklichung eines Regelbeispiels begründet nur eine widerlegbare Vermutung, dass der Fall als besonders schwerer anzusehen ist. Die Regelwirkung zwingt den Richter nur, sorgfältig festzustellen, ob ein Beispielfall vorliegt. Allerdings kann er auch einen Sachverhalt, der eine parallele Struktur aufweist und nicht im Unrechtsgehalt und der Schuld verringert ist, einen schweren Fall annehmen (sog. engere Analogiewirkung).¹⁴⁷¹ Diese Rechtsfiguren sind im Übrigen verfassungsrechtlich unbedenklich.¹⁴⁷² Wollte man dagegen den Tatbestand noch weiter verschärfen, könnte man anstatt der Regelbeispiele auch zwingende Beispielfälle verwenden, so geschehen in §§ 129 Abs. 4, 241a Abs. 4, 292 Abs. 2 StGB.

Eine Kriminalisierung eines geringfügigen Unrechts wird zusätzlich dadurch verhindert, dass die Annahme eines besonders schweren Falls ausscheidet, wenn nur ein geringfügiger Schaden entstanden ist. Insofern könnte man eine entsprechende Formulierung an das Ende des § 143 Abs. 2 MarkenG stellen.

Verbinden könnte man diesen besonders schweren Fall mit dem auf der subjektiven Tatbestandsseite erforderlichen direkten Vorsatz (dazu unten b)) sowie der Einführung einer Mindeststrafe von drei Monaten (dazu unten c)). Nach Erörterung dieser Möglichkeiten sowie Ablehnung der bisweilen geforderten Eingliederung der Tatbestände des Markenrechts ins Kernstrafrecht (dazu d)) soll der komplette modifizierte Tatbestand des § 143 MarkenG vorgestellt werden (dazu e)).

b) Modifikationen auf der subjektiven Tatbestandsseite

Eine weitere Schranke zur Verhinderung der übermäßigen Kriminalisierung von einfachen Markenverletzungen könnte durch die Beschränkung des Qualifikationstatbestands auf solche Tatbegehungen erfolgen, die absichtlich oder mit direktem Vorsatz geschehen. Insofern könnte man ein „*wissentliches*“ Handeln auf der subjektiven Ebene voraussetzen. Damit würden alle diejenigen Fälle ausgeschlossen, in denen der Täter die Kennzeichenverletzung billigend in Kauf nimmt und die Tat nur mit *dolus eventualis* verwirklicht. Vielmehr muss es ihm dann entwe-

¹⁴⁷⁰ Dies erläuternd Braun, Produktpiraterie, 6. Kapitel III. 3. (S. 337).

¹⁴⁷¹ Tröndle/Fischer, StGB, § 46 RN 93.

¹⁴⁷² BVerfG vom 21. Juni 1977, BVerfGE 45, 363.

der auf die Herbeiführung einer Zeichenverletzung ankommen oder aber er muss in sicherem Wissen des Erfolgseintritts handeln.

Durch diese Einschränkung auf der subjektiven Tatseite wird auch die Rechtsverfolgung und -durchsetzung nicht unnötig erschwert. Nach wie vor ist die Feststellung des Vorsatzes in eindeutigen Konstellationen nach den allgemeinen Kriterien nötig und möglich. Der Gesetzgeber verwendet das Element der Wissentlichkeit an einigen Stellen im Kernstrafrecht, so bspw. in den §§ 134, 145 und 258 („wissentliches Handeln“) bzw. in den §§ 145d, 164, 187 und 278 („Handeln wider besseres Wissen“). Die Strafverfolgungsbehörden besitzen also Erfahrung mit der Anwendung dieses Merkmals.

Umgekehrt ist die Ausweitung des Grundtatbestands durch Einbeziehung von grober Fahrlässigkeit nicht anzuraten. Ein echtes Bedürfnis hat sich dafür nicht gezeigt, vielmehr sollten diese nochmals in ihrem Unrechtsgehalt geminderten Verletzungsformen zivilrechtlich geregelt werden. Auch bereitet der Nachweis des Vorsatzes nur in wenigen Fällen echte Probleme. Meist liegen ausreichend Indizien vor, die die Annahme einer vorsätzlichen Tatbegehung unproblematisch erscheinen lassen. Schließlich haben die in Schweden mit einem Fahrlässigkeits-tatbestand gemachten Erfahrungen gezeigt, dass eine solche Regelung nur äußerst selten angewendet wird. Gleiches galt für den früheren § 26 WZG, der mit dem Produktpirateriegesetz aufgrund seiner Bedeutungslosigkeit aus dem Warenzeichengesetz gestrichen wurde.¹⁴⁷³

c) Strafart und Strafmaß

Die Darstellung der aktuell im Markenstrafrecht verhängten Strafen hat gezeigt, dass das bei den §§ 143 ff. MarkenG bestehende Strafmaß nicht annähernd ausgeschöpft wird. Die bisweilen noch geforderte weitere Erhöhung der maximal möglichen Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren bei § 144 und bis zu drei bzw. fünf Jahren im Falle des § 143 erscheint daher wenig sinnvoll. Auch eine stärkere Abschreckung wird dadurch sicher nicht erreicht. Dienlich wäre dazu vielmehr eine schnelle und effektive Verfolgung einschlägiger Schutzrechtsverletzungen mit in geeigneten Fällen besserer Ausschöpfung des bestehenden Strafmaßes durch dem tatsächlichen Tatunrecht angemessene Geld- oder sogar Freiheitsstrafen. Besonders bei den in über 90% der Fälle vorliegenden Geldstrafen ist die Annahme eines höheren Tagessatzes notwendig, um eine fühlbare Bestrafung zu ermöglichen. Des Weiteren sollte in geeigneten Fällen auch durchaus eine Freiheitsstrafe verhängt werden. Diese kann von den Tätern nicht in deren Gewinnspanne „einkalkuliert“ werden und schreckt viel eher ab als Geldstrafen.

¹⁴⁷³ Begründung zum Produktpirateriegesetz, Bl. f. PMZ 1990, 161 (189).

Möglicherweise bietet auch die vom Gesetzesentwurf zur Reform des Sanktionenrechts angestrebte Erweiterung des Einsatzbereichs der gemeinnützigen Arbeit – bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe, als Freiheitsstrafen-Ersetzungslösung oder als Auflage im Rahmen der ebenfalls gestärkten Verwarnung mit Strafvorbehalt – bei kleinen und mittleren Delikten die Möglichkeit, in spezialpräventiver Weise auf den Täter einzuwirken. Zumindest könnte damit der Aufwand einer kurzen, aber im Markenstrafrecht aufgrund des Wegholens der Täter aus der „Kette der an der Kennzeichenverletzung Beteiligten“ manchmal wünschenswerten kurzen Freiheitsstrafe vermieden werden.

Weiter steht einer Ausschöpfung des maximalen Strafmaßes im Falle der Qualifikation noch die Tatsache entgegen, dass Vergehen nach dem Markengesetz regelmäßig nur vor dem Amtsgericht angeklagt werden. Dieses kann jedoch nur auf Freiheitsstrafe von maximal vier Jahren erkennen, § 24 Abs. 2 GVG. Dadurch ergibt sich eine schon durch die Gerichtsorganisation bedingte Limitierung des Strafmaßes. Insofern ist wünschenswert, dass die Staatsanwaltschaften in geeigneten Fällen auch einmal eine Anklageerhebung beim Landgericht durchsetzen.

Im europäischen Kontext liegt das aktuell geltende Strafmaß bereits im mittleren bis oberen Bereich, weshalb die deutsche Regelung in der hoffentlich alsbald in Angriff genommenen Richtlinie zur Vereinheitlichung des strafrechtlichen Sanktionenrechts im Falle von Schutzrechtsverletzungen als Vorbild dienen kann. In diesem Zusammenhang könnte auch die in Frankreich offenbar bewährte, dem deutschen Recht jedoch fremde pauschale Verdopplung des Strafmaßes in bestimmten Fällen der Schutzrechtsverletzung, etwa im Wiederholungsfalle, eingeführt werden.

Aktuell zu erwägen ist jedoch, für den Bereich des vorgeschlagenen besonders schweren Falls einer Markenverletzung eine

Mindeststrafe von drei Monaten Freiheitsstrafe

einzuführen. Damit würde man die vom Gesetzgeber vorzunehmende Vorbewertung des Handlungsunrechts einer derartigen schweren Markenverletzung erhöhen und den Rechtsanwendern deutlich signalisieren, dass in den genannten Fällen keine Bagatelvergehen vorliegen, sondern sich diese Taten auf dem Niveau des schweren Falls eines Diebstahls oder Betrugs bewegen. Neben dieser erhöhten individuellen Bestrafung könnten auch die Aspekte der General- und der Spezialprävention gestärkt werden.

Sichergestellt werden muss dann nur, dass damit nicht schematisch eine Vielzahl von Verhaltensweisen erfasst werden, die an sich nicht so strafwürdig sind, dass sie mit einer Mindeststrafe belegt werden müssen. Mit der aktuell geltenden Fassung der Qualifikation im Falle der „gewerbsmäßigen“ Handlungsweise könnte dies Probleme bereiten, sofern das Tatbestandsmerkmal nicht sauber, also im Lichte der im 3. Kapitel 1. Teil B. II. dargestellten Grundsätze, ausgelegt wird.

Wenn aber ein schwerer Fall vorliegt und bspw. die Regelwirkung einer wiederholten – oder in Wiederholungsabsicht erfolgten – Begehung von Kennzeichenverletzungen zur Schaffung einer fortlaufenden Einkommensquelle von einigem Umfang und einiger Dauer nachgewiesen wird, spricht aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten nichts gegen die Verhängung einer Mindeststrafe. Gleiches gilt für die sonstigen aufgezeigten Beispiele eines schweren Falles. Des Weiteren kann der Gefahr der zu hohen Bestrafung aber auch durch den auf der subjektiven Seite mindestens vorliegenden direkten Vorsatz begegnet werden, da damit ebenfalls eine Einschränkung des Tatbestands erreicht wird. Schließlich spielt der Wegfall einer Geldstrafe in diesen Fällen keine Rolle, dies ist beim schweren Fall des Betrugs oder des Diebstahls nicht anders. Wirtschaftliche Sanktionen können dem Kennzeichenverletzer auch auf zivilrechtlichem Weg durch Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen auferlegt werden.

Im umgekehrten Fall eines nur geringen Unrechtsgehalts der Tat ist aber auch eine generelle Abmilderung des bestehenden Strafrahmens weder für die Grundnorm einer Markenverletzung noch für die Qualifikation erstrebenswert. Denn abgesehen vom Aspekt der Prävention spielt der Strafrahmen auch strafprozessual eine Rolle. Betroffene Unternehmen haben in Ländern mit allzu niedrigen Strafrahmen die Erfahrung gemacht, dass Durchsuchungen und Haftbefehle mit der Begründung abgelehnt werden, dass der Eingriff in keinem vernünftigen Verhältnis zum bescheidenen gesetzlichen Strafrahmen steht.¹⁴⁷⁴ In diesen Fällen nur leichten Unrechts reichen die bestehenden Möglichkeiten der Einstellungen aus Opportunitätsgründen oder die Verwarnung mit Strafvorbehalt aus. Allenfalls kann an die Einführung des sogleich unter e) erläuterten Absehens von Strafe gedacht werden.

d) Absehen von Strafe

Im Zuge einer zukünftigen umfassenden Reform aller Straftaten des gewerblichen Rechtsschutzes oder bspw. bei der Schaffung eines Wirtschaftsstrafgesetzbuches könnte man den von *Weber* bereits im Jahre 1976 im Zusammenhang mit dem Urheberstrafrecht angedachten Vorschlag diskutieren, dass nämlich der Gesetzgeber eine Vorschrift einführt, die es dem Gericht ermöglicht, in bestimmten Fällen von Strafe abzusehen, sofern dem Berechtigten durch die Tat kein erheblicher Nachteil entstanden ist.¹⁴⁷⁵ Eine solche Tatfolgen-Ausnahmeregelung ist an zahlreichen Stellen im Strafrecht bereits verwirklicht, so z.B. in §§ 113 Abs. 4, 129 Abs. 5 STGB oder auch in § 29 Abs. 5 BtMG. Sie dürfte allerdings kein Freibrief für den Täter sein und müsste an konkrete Voraussetzungen wie geringe

¹⁴⁷⁴ Stellungnahme des GRUR e.V. zum Grünbuch Produktpiraterie, GRUR 1999, 560 (562).

¹⁴⁷⁵ Weber, Der strafrechtliche Schutz des Urheberrechts, 5. Kapitel, § 23 B. VI. (S. 437).

Schuld, unbedeutender Schaden oder Wiedergutmachungsbemühungen des Täters anknüpfen. Vorteil dieser Regelung im Gegensatz zu den §§ 153 ff. StPO ist, dass ein Urteil mit Feststellung der Schuld ergeht, aber keine Straffestsetzung und so auch keine Eintragung in das Bundeszentralregister erfolgt. Eine Option für eine derartige Vorschrift soll sogleich unter unten e) dargestellt werden.

e) Eingliederung ins Kernstrafrecht

Die bisweilen noch vorgeschlagene Eingliederung der § 143 ff. MarkenG in das StGB hätte nach diesseitigem Dafürhalten allenfalls symbolischen Wert und würde nichts an den Akzeptanzproblemen des Markenstrafrechts ändern. Lediglich die „gefühlsmäßige“ Nähe zu den Diebstahlsdelikten könnte einer Einstufung als Bagatelldelikt entgegenwirken. Allerdings sind es die Rechtsanwender heutzutage gewohnt, dass gerade im Wirtschaftsrecht Spezialgesetze zur Anwendung kommen und diese Regelwerke meist auch Strafvorschriften enthalten. Auch eine Vereinfachung der Strafverfolgung oder eine höhere Aufmerksamkeit ginge damit nicht einher.

Im Gegenteil bedingt die derzeitige Fassung der Straftatbestände mit ihrer Vielzahl von aus dem Zivilrecht stammenden Tatbestandsmerkmalen gerade einen Verbleib im Markenrecht. Denn nur so kann eine zulässige Auslegung der Tatbestände sichergestellt werden. Eine Verschiebung in das StGB würde den systematischen, inhaltlichen und historischen Zusammenhang zerstören und die Bestimmtheitsprobleme noch verschärfen.

Schließlich bleibt dazu anzumerken, dass sich auch in Ländern wie Spanien oder Italien, in denen Markenverletzungen im Strafgesetzbuch geregelt werden, keine höhere Verfolgungsintensität nachweisen lässt. Allenfalls könnte man daher daran denken, die Straftatbestände des Markenrechts in ein zukünftiges zusammenhängendes Wirtschaftsstrafrecht einzugliedern. Damit könnte die Zusammengehörigkeit der Delikte des gewerblichen Rechtsschutzes, aber auch von Betrug sowie Zoll-, Steuer und Abgabenvergehen sichergestellt werden.

f) Vorschlag einer Umgestaltung der markenrechtlichen Straftatbestände

Im Lichte der vorstehenden Anregungen und der Erkenntnisse dieser Arbeit könnte § 143 MarkenG wie folgt gefasst werden:

„§ 143 Strafbare Kennzeichenverletzung

(1) Wer im geschäftlichen Verkehr widerrechtlich und ohne Zustimmung des Inhabers

1. *ein mit einer Marke identisches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen benutzt, die mit denjenigen identisch sind, für die sie Schutz genießt,*
2. *ein Zeichen benutzt, wenn wegen der Identität oder Ähnlichkeit des Zeichens mit der Marke und der Identität oder Ähnlichkeit der durch die Marke und das Zeichen erfassten Waren oder Dienstleistungen für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht, einschließlich der Gefahr, dass das Zeichen mit der Marke gedanklich in Verbindung gebracht wird,*
3. *ein mit der Marke identisches oder ähnliches Zeichen für ähnliche oder nicht-ähnliche Waren oder Dienstleistungen benutzt, wenn es sich bei der Marke um eine im Inland bekannte Marke handelt und die Benutzung des Zeichens in der Absicht erfolgt, die Wertschätzung der bekannten Marke ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise auszunutzen oder zu beeinträchtigen,*
4. *ein mit einer geschäftlichen Bezeichnung identisches oder ähnliches Zeichen oder eine Bezeichnung benutzt, wenn wegen der Identität oder Ähnlichkeit des Zeichens oder der Bezeichnung mit der geschäftlichen Bezeichnung und der Identität oder -ähnlichkeit zwischen den Branchen der Bezeichnungen oder zwischen der Branche der Bezeichnung und den mit dem Zeichen erfassten Waren oder Dienstleistungen für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht,*
5. *ein mit einer geschäftlichen Bezeichnung identisches oder ein ähnliches Zeichen oder eine Bezeichnung zu benutzen, wenn es sich bei der Bezeichnung um eine im Inland bekannte geschäftliche Bezeichnung, und die Benutzung des Zeichens oder der Bezeichnung in der Absicht erfolgt, die Wertschätzung der bekannten Bezeichnung ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise auszunutzen oder zu beeinträchtigen,*
6. *ein zu einem Zeichnen oder eine geschäftlichen Bezeichnung identisches oder ähnliches Zeichen oder eine Bezeichnung auf Aufmachungen oder Verpackungen oder auf Kennzeichnungsmitteln wie Etiketten, Anhängern, Aufnähern oder dergleichen anzubringen, oder diese Aufmachungen, Verpackungen oder Kennzeichnungsmittel anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu den genannten Zwecken zu besitzen, einzuführen oder auszuführen, soweit die Benutzung des Zeichens oder der geschäftlichen Bezeichnung*

a) nach den Nr. 1, 2 oder 4 untersagt wäre oder

b) nach den Nr. 3 oder 5 untersagt wäre und die Handlung in der Absicht vorgenommen wird, die Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Wertschätzung einer bekannten Marke oder einer bekannten geschäftlichen Bezeichnung zu ermöglichen,

wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Das Gericht kann die Strafe nach seinem Ermessen mildern oder von einer Bestrafung absehen, wenn die Schuld des Täters gering ist und nur ein geringer Schaden entstanden ist.

- (2) In besonders schweren Fällen wird die Kennzeichenverletzung mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter wider besseres Wissen sowie*
- 1. gewerbsmäßig, oder*
 - 2. als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Kennzeichenverletzungen verbunden hat, diese unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds begeht, oder*
 - 3. mit Fälschungsabsicht, oder*
 - 4. unter Erweckung des Anscheins der Originalware durch identische oder nahezu identische Nachahmung wesentlicher Merkmale derselben handelt.*
- (3) In den Fällen des Absatzes 2 Nr. 1 bis 4 ist ein besonders schwerer Fall ausgeschlossen, wenn durch die Tat nur ein geringfügiger Schaden entstanden ist.*
- (4) Der Versuch ist strafbar.*
- (5) In den Fällen des Abs. 1 wird die Tat nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.*
- (6) und (7)(Einziehung, öffentliche Bekanntmachung) (unverändert).¹⁴⁷⁶*

Entsprechend könnte man auch den Tatbestand der strafbaren Verletzung einer Gemeinschaftsmarke nach § 143a MarkenG umgestalten. Dagegen ist bei der strafbaren Benutzung geographischer Herkunftsangaben aufgrund der wesentlich geringeren Bedeutung keine Änderung erforderlich, sofern der Gesetzgeber alsbald den strafrechtlichen Schutz der gemeinschaftsrechtlichen geschützten Herkunftsangaben verwirklicht. Allenfalls könnte man den Strafrahmen aus Gründen der Einheitlichkeit auf ebenfalls maximal drei Jahre Freiheitsstrafe anheben. Eine tatsächliche Notwendigkeit besteht dafür allerdings nicht. Schließlich sind bei der Bußgeldvorschrift des § 145 MarkenG keine Änderungen erforderlich.

¹⁴⁷⁶ Zur möglichen Änderung der Einziehung vgl. unten 3.

2. Verfahrensrechtliche Verbesserungen

a) Regelung des Schadensersatzes im Strafverfahren

Zwar können vermögensrechtliche Ansprüche des durch die Zeichenverletzung Geschädigten nicht nur im Zivilverfahren, sondern auch im strafrechtlichen Adhäsionsverfahren geltend gemacht werden. Wie im 4. Kapitel dargestellt ist dessen Bedeutung aber äußerst gering. Dies nicht zuletzt aufgrund des Ausschlusses solcher Ansprüche, für die die Zuständigkeit des Landgerichts begründet ist. Wegen der zivilrechtlichen Zuständigkeitskonzentration des § 140 Abs. 1 MarkenG und der Tatsache, dass Strafverfahren nahezu immer vor dem Amtsgericht geführt werden, scheidet ein Adhäsionsverfahren meist schon aus formellen Gründen aus. Ein erster Schritt zur Stärkung des Adhäsionsverfahrens wäre die Auflösung dieses Konflikts. Durch eine entsprechende Änderung des § 403 StPO und § 140 Abs. 1 MarkenG ergebenden Konflikts. Durch eine entsprechende Änderung des § 403 StPO könnte man sicherstellen, dass die allgemeinen Zuständigkeitsregeln nicht nur für den Wert des Streitgegenstands, sondern generell durchbrochen werden können. Zusammen mit einer erweiterten Hinweispflicht auf den möglichen Antrag an die Geschädigten würde dies zur Aufwertung dieser gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit beitragen. So könnte man den Anreiz auf Führung eines Strafverfahrens – inklusive „Gratisermittlungen“ des Sachverhalts durch die Staatsanwaltschaft – erhöhen. Gleichzeitig erreichte man eine weitere Abschöpfung der Vermögensvorteile des Täters. Auch hier sollte aber eine europäische Lösung bevorzugt werden, um der weiteren Zersplitterung der Rechtsbehelfe entgegenzuwirken.

b) Zuständigkeitskonzentration beim Landgericht

Die fast immer vorgenommene Anklageerhebung beim Amtsgericht führt dazu, dass sich regelmäßig der Strafrichter mit den von den §§ 143 ff. MarkenG in Bezug genommenen zivilrechtlichen Tatbestandselementen wie die Verwechslungsgefahr, das Handeln im geschäftlichen Verkehr etc. befassen muss. Zwar wird dies in den eindeutigen Fällen von Kennzeichenverletzungen keine größeren Probleme bereiten, aber gerade in den ebenfalls mit Strafe bedrohten Fällen einer gerade noch vorliegenden Verwechslungsgefahr oder der Feststellung der Rufausbeutung einer bekannten Marke wird schon aufgrund der geringen Fallzahlen kein profundes Wissen über alle Einzelheiten dieser oft von Fallgruppen oder höchstrichterlich geprägten Rechtsmaterie vorliegen. Hinzu kommt die vorherrschende Arbeitsbelastung an den Amtsgerichten, die zahlreiche Fälle kleiner und mittlerer Kriminalität erledigen müssen. Insofern besteht die Gefahr, dass in vermeintlichen Zweifelsfällen das Verfahren eingestellt wird oder der Strafrichter ein

zu geringes Strafmaß festlegt. Zumindest wird er zwangsläufig zur Nivellierung der unterschiedlichen Formen von Kennzeichenverletzungen neigen.

Gelöst werden könnte dieses Problem durch eine dem Zivilrecht – § 140 Abs. 1 MarkenG – vergleichbare Zuständigkeitskonzentration für Kennzeichenstrafsachen bei den Landgerichten. Damit würde eine größere Sachkunde schon aufgrund der höheren Verfahrenszahl entsprechender Delikte erreicht, was einhergehen würde mit einer stärkeren Differenzierung je nach dem Unrechtsgehalt der verschiedenen Arten von vorsätzlichen Kennzeichenverletzungen. Noch besser wäre eine Sonderzuständigkeit der Wirtschaftsstrafkammern der Landgerichte für alle Strafverfahren in Sachen gewerblicher Schutzrechte, denn bspw. die – noch wesentliche seltenere – strafbare Patentverletzung ist ebenfalls beim Amtsgericht nicht sonderlich gut aufgehoben.

Andererseits ist auch zu beachten, dass man durch eine solche Regelung auch einfache Fälle von vorsätzlichen Zeichenverletzungen vor dem Landgericht verhandeln müsste. Aufgrund des damit verbundenen Aufwands werden viele Staatsanwaltschaften dann noch eher die Verfahren nach den §§ 153 ff. StPO ggf. gegen Auflage einstellen. Auch die Möglichkeit eines Strafbefehlsverfahrens entfiel dann. Insofern erscheint es sachnäher, dass bisherige Verfahren beizubehalten, jedoch darauf hinzuwirken, geeignete Verfahren des Öfteren bei der Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts anzuklagen. Der vorgeschlagene besonders schwere Fall inklusive der Mindeststrafe könnte dies fördern. Für die Zukunft sollte aber eine Sonderzuständigkeit für Strafverfahren in gewerblichen Rechtsschutz von den zuständigen Stellen diskutiert werden. Anbieten würden sich dazu wiederum die im Rahmen einer zukünftigen europäischen Richtlinie zur Harmonisierung der Strafverfahren vorzunehmenden Änderungen.

3. *Begleitende Maßnahmen*

Bei der Betrachtung der eine Verurteilung begleitenden Maßnahmen und Nebenstrafen hat sich gezeigt, dass vor allem der Einziehung eine wichtige Bedeutung zukommt, sei es im Rahmen eines formellen Einziehungsverfahrens, sei es als formlose Einziehung durch Verzicht auf die Rückgabe der beschlagnahmten Gegenstände. Nachdem der Gesetzgeber mit dem Produktpirateriegesetz die Einziehungsvorschriften im Sinne des § 74 Abs. 4 StGB erweitert hat, besteht kein besonderer Verbesserungsbedarf in materiell-rechtlicher Hinsicht. Es könnte jedoch daran gedacht werden, die Einziehung der rechtswidrig gekennzeichneten Gegenstände sowie der Produktionsmittel nach § 143 Abs. 5 MarkenG nicht fakultativ, sondern als Regelfall oder sogar als verpflichtend auszugestalten. Dies könnte mit der Formulierung

*„Gegenstände, auf die sich die Straftat bezieht, sollen eingezogen werden“
(oder: werden eingezogen),*

geschehen.¹⁴⁷⁷

Dagegen kommt dem Verfall aufgrund seiner Subsidiarität schon aufgrund der abstrakten Möglichkeit der Geltendmachung von Ansprüchen des Berechtigten bislang keine Bedeutung zu. Im Rahmen des 1998 vorgestellten Gesetzesentwurfs zur verbesserten Abschöpfung von Vermögensvorteilen aus Straftaten war u.a. die Streichung des § 73 Abs. 1 S. 2 StGB vorgesehen. Dies hätte zur Folge, dass der Verfall auch in den Fällen angeordnet werden kann, in denen dem Berechtigten Ausgleichsansprüche zustehen. Es war geplant, dass der Staat die auf Einziehung gerichtete Anordnung vollstreckt und im Umfang des dabei Erlangten die Schuld des Verletzers gegenüber dem Verletzten ausgleicht.¹⁴⁷⁸ Dieser Entwurf wurde jedoch nicht rechtzeitig innerhalb einer Legislaturperiode fertig gestellt und nunmehr unter Hinweis auf Modellversuche in verschiedenen Ländern erst einmal zurückgestellt. Die Bundesministerin der Justiz hat eine Überarbeitung des Gesetzesentwurfes angekündigt, weitere Informationen lagen zum Zeitpunkt der Fertigstellung dieser Arbeit nicht vor.

Neben diesen speziellen Maßnahmen ist auch ganz allgemein im Wirtschaftsstrafrecht und daher auch bei Markenverletzungen stets die Vermögensabschöpfung bei den Tätern zu beabsichtigen. Insofern müssen übergreifende Gewinnabschöpfungskonzepte erarbeitet werden, um den oftmals organisierten Täterkreisen die Einkommensaussichten zu verschlechtern und die Erzielung krimineller Gewinne zu verhindern. Die weiteren Systemvereinfachungen und Eckpunkte aus dem Gesetzesentwurf zur verbesserten Abschöpfung von Vermögensvorteilen aus Straftaten sollten daher alsbald wieder aufleben bzw. weitergeführt werden.

Dagegen sollten Nebenstrafen und weitere Maßnahmen wie Ladenschließungen, Berufsverbote etc. aufgrund des doch erheblichen Eingriffs in die Grundrechte der Betroffenen erst im Wiederholungsfall angeordnet werden können. Der Gesetzgeber sollte bei deren Einführung darauf achten, dass nicht zu viele dieser Maßnahmen neu eingeführt werden, da teilweise erhebliche Vorbehalte seitens der Strafverfolgungsbehörden bestehen. Diese rechnen mit zusätzlichen Belastungen, die angeblich in keinem Verhältnis zu dem Nutzen solcher Maßnahmen stehen. Insofern sollte schon aus Gründen der Akzeptanz die effektive Ausschöpfung der bestehenden Maßnahmen und Verfahrensabschlussmöglichkeiten im

¹⁴⁷⁷ Für eine unbedingte Einziehungs- bzw. Vernichtungssanktionen im Strafrecht auch Knaak, Bericht zur Zweiten Sitzung des WIPO-Expertenkomitees zum Schutz gegen Nachahmung, GRUR Int. 1987, 693 (695).

¹⁴⁷⁸ Entwurf eines Gesetzes zur verbesserten Abschöpfung von Vermögensvorteilen aus Straftaten, BT-Ds. 13/9742 vom 4. Februar 1998, S. 2 und 16. Darin sollte bspw. auch eine begriffliche Vereinheitlichung des Verfalls und der Einziehung erfolgen.

Vordergrund stehen, die ebenfalls zahlreiche Möglichkeiten der Reaktion auf Schutzrechtsverletzungen bieten. Sollten gleichwohl speziell auf vorsätzliche Schutzrechtsverletzungen zugeschnittenen Maßnahmen eingeführt werden, ist dies aus dem bereits dargestellten Grund der Vermeidung einer Rechtszersplitterung nur in einem einheitlichen europäischen Rahmen sinnvoll.

Abschließend soll noch an die Möglichkeiten verwaltungsrechtlicher Sanktionen erinnert werden. Hier sind bspw. Gewerbeausübungsverbote denkbar. Denn ein Gewerbetreibender, der in Verbindung mit seinem Gewerbe Straftaten begeht, übt dieses wohl nicht ordnungsgemäß aus, § 35 GewO.

4. *Prävention außerhalb des Strafrechts*

Nicht Gegenstand dieser Arbeit, aber gleichwohl von besonderer Bedeutung bei der tatsächlichen Bekämpfung der Nachahmungskriminalität, sind von den Herstellern, den Verwaltungsbehörden oder sogar von den Verbrauchern durchzuführende oder zu beachtende präventive Maßnahmen und Verhaltensweisen, mit denen das Risiko und die Kosten für Kennzeichenverletzer erhöht werden kann. Begleitend zu den strafrechtlichen Maßnahmen sind im Bereich der Kennzeichennachahmung verschiedene Ebenen der Prävention denkbar, so z.B:

- Stärkung des Selbstschutzes durch Aufklärung und Beratung der Verbraucher;
- Kontrollen durch die Wirtschaftsaufsicht innerhalb von bereits bekannt gewordenen oder verdächtigen Betrieben;¹⁴⁷⁹
- Kontrolle der Warenströme durch die Hersteller selbst;
- Steigerung der Deliktskosten;
- Schulung der Ermittlungsbehörden und der Zollbeamten;
- Einsatz technischer Mittel zur Markierung der Originalware;
- Schaffung von Sicherheitsmerkmalen bei den Waren;
- Zusammenarbeit und Informationsaustausch zwischen Schutzrechtsinhabern und Verfolgungsbehörden.

Durch verstärkten Einsatz solcher Mittel steigt das Risiko einer einfachen und ungestörten Nachahmung der Markenwaren inkl. deren Verkaufs. Ziel sollte danach sein, Kennzeichenverletzungen zumindest für Gelegenheitstäter unrentabel zu machen und die professionell agierenden Fälscherbanden mit allen rechtlichen Mitteln zu bekämpfen. Ganz besonders kommt es auch auf die Intensivierung der Zusammenarbeit zwischen Rechteinhabern und staatlichen Organen an. Sofern dabei die notwendigen Informationen ausgetauscht werden, können Herkunft,

¹⁴⁷⁹ So z.B. der erste periodische Sicherheitsbericht 2001, 2.4.7.1 (S. 157).

Import und Verkauf von nachgeahmten Waren in Zukunft wesentlich wirksamer unterbunden werden.

IV. Ausblick

Im Lichte der Erkenntnisse dieser Untersuchung kann abschließend nur festgehalten werden, dass die effektive Bekämpfung von vorsätzlichen Kennzeichenverletzungen und Nachahmungskriminalität nur in Kombinationen von zivil-, straf- und verwaltungsrechtlichen Maßnahmen möglich ist. Wichtig ist dabei, dass die verschiedenen Möglichkeiten aufeinander abgestimmt sind.

In materiell-rechtlicher Hinsicht müssen dazu zunächst verständliche und an der Rechtswirklichkeit orientierte Strafvorschriften geschaffen werden. Diese sollten die Kernbereiche von Kennzeichenverletzungen erfassen und weniger versuchen, alle nur erdenklichen Formen der Rechtsgutverletzung einzubeziehen. Zur besseren Differenzierung des Unrechtsgehaltes der Tat ist empfehlenswert, abgestufte Tatbestandsalternativen zu schaffen, um nämlich nicht nur beim Strafmaß, sondern schon im Tatbestand zwischen einfachen Kennzeichenverletzungen und offenkundiger Markenpiraterie unterscheiden zu können. Denkbar wäre anstelle der jetzigen unscharfen Qualifikation durch die „gewerbsmäßige“ Handlungsweise die Schaffung eines besonders schweren Falls der Kennzeichenverletzung, der den Strafverfolgungsbehörden durch Regelbeispiele den erhöhten Unrechtsgehalt der Tat verdeutlicht. In Verbindung mit dem Erfordernis der direkt vorsätzlichen Tathandlung und der Einführung einer Mindeststrafe von drei Monaten könnte dies eine höhere Akzeptanz der markenstrafrechtlichen Normen bei den Strafverfolgungsbehörden mit sich bringen als dies bei dem aktuell geltenden allumfassenden und daher sperrigen Tatbestand des § 143 MarkenG der Fall ist. Eine Änderung des Strafrahmens ist ansonsten nicht notwendig, schon die derzeit möglichen Maximalstrafen werden bei reinen Markenvergehen auch nur annähernd erreicht. Vielmehr sollten in verfahrensrechtlicher Hinsicht Anklagen im Einzelfall öfter beim Landgericht erhoben werden und die Möglichkeit der Auskunfts- und Schadensersatzterlangung im Strafverfahren vereinfacht werden.

Diese Änderung der materiell-rechtlichen Strafnormen könnte im Rahmen der von der Europäischen Union hoffentlich alsbald in Angriff genommenen Richtlinie zur Harmonisierung der Strafrahmen im gewerblichen Rechtsschutz erfolgen. Damit würde in der ganzen EU eine breite Front gegen Schutzrechtsverletzer geschaffen, in dem nämlich weder im materiellen Strafrecht, noch in dessen Durchsetzung größere Schlupflöcher verbleiben. Zudem würde die Aufmerksamkeit der Strafverfolgungsbehörden und der Gerichte auf die Bekämpfung von massenhaften Schutzrechtsverletzungen auch mit den Mitteln des Strafrechts gelenkt. Gerade in Südeuropa und möglicherweise in den neuen mittel- und osteuropäischen Mitgliedsstaaten könnte dies eine deutliche Intensivierung des Strafschutzes be-

wirken. In einem nächsten Schritt sollte man dann mit der Schaffung eines „europäischen Strafschutzes“ beginnen, wobei sich die bereits existierenden einheitlichen Schutzrechte der Gemeinschaftsmarke und des Gemeinschaftsgeschmacksmusters hierfür idealiter anbieten.

Dagegen sollten begleitende Maßnahmen wie die Schließung von Verkaufsstätten, die Auflösung von Unternehmen, die Verpflichtung zu gemeinnütziger Arbeit, die Veröffentlichung von Urteilen etc. nur in geeigneten Fällen und mit Übersicht eingesetzt werden. Unbeachtet der zumindest in Deutschland bestehenden verfassungsrechtlichen Probleme – bspw. bei Berufsverboten und längeren Ladenschließungen – sind diese Verfügungen mit weiterem Aufwand verbunden. Die Staatsanwaltschaften und Gerichte sind aber heutzutage personell so dünn besetzt, dass stets die Verhältnismäßigkeit derartiger Maßnahmen geprüft werden sollte. Dagegen sind Maßnahmen wie die Einziehung der schutzrechtsverletzenden Gütern, der zur Fälschung benutzten Werkzeuge etc. bewährt und leicht durchführbar. Sie sollten zur Regel im Falle der Verurteilung wegen kennzeichenrechtlicher Vergehen gemacht werden. Gleiches gilt für den Verfall der Tatgewinne nach Bereinigung der bestehenden Anwendungshindernisse.

Ganz besonders wichtig ist bei der effektiven Bekämpfung von Schutzrechtsverletzungen schließlich die weitere und konsequente Zusammenarbeit der Strafverfolgungsbehörden mit dem Zoll sowie den Schutzrechtsinhabern. Letztere können technische Maßnahmen zur Verhinderung oder zumindest leichteren Entdeckung von Fälschungen schaffen und diese den Behörden weiterkommunizieren. Insofern sollte die von der EU projektierte Datenbank MUSYC weiterverfolgt werden, da mittels den dort hinterlegbaren vielfältigen Informationen über die gekennzeichneten Waren, möglichen bekannten Fälschern und deren bevorzugte Vertriebsmethoden und Vertriebswege etc. eine wesentlich schnellere und effektivere Verfolgung von Schutzrechtsverletzungen und der entsprechenden illegalen Warenströme ermöglicht wird.

Letztlich gilt, dass es keinen Königsweg bei der Eindämmung von Schutzrechtsverletzungen geben kann, sondern nur ein abgestimmtes Bündel an Einzelmaßnahmen, die im jeweiligen Einzelfall ein effektives, verhältnismäßiges aber auch konsequentes Vorgehen ermöglichen. Dazu kann das Markenstrafrecht bei der Verfolgung von Kennzeichenverletzern beitragen, in dem es sich in die bestehenden zivil- und verwaltungsrechtlichen Rechtsbehelfe einfügt und als letztes Mittel eine strafrechtliche Sanktionierung eines bestimmten Täterverhaltens ermöglicht. Allerdings darf aber auch in der Diskussion um die Verbesserung des strafrechtlichen Kennzeichenschutzes nicht vergessen werden, dass erste Voraussetzung dieses Schutzes stets der Erwerb eines Zeichenrechts ist. Dieses muss in allen in Frage kommenden Ländern eingetragen, aufrechterhalten und aktiv verteidigt werden. Andernfalls scheidet eine Rechtsverfolgung schon per se aus. Eine „pfle-

geleichte“ Marke im Sinne des in der Einleitung erwähnten Zitats kann dann nicht garantiert werden.

Anhang 1: Historischer Überblick kennzeichenrechtlicher Strafvorschriften

A. Reichsstrafgesetzbuch von 1870/71 (RGStGB)¹⁴⁸⁰

25. Abschnitt: Strafbare Eigennutz und Verletzung fremder Geheimnisse

§ 287

(1) Wer Waaren oder deren Verpackung fälschlich mit dem Namen oder der Firma eines inländischen Fabrikunternehmers, Produzenten oder Kaufmanns bezeichnet oder wissentlich dergleichen fälschlich bezeichnete Waaren in Verkehr bringt, wird mit Geldstrafe von fünfzig bis eintausend Thalern oder mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft.

(2) Dieselbe Strafe tritt ein, wenn die Handlung gegen Angehörige eines fremden Staats gerichtet ist, in welchem nach veröffentlichten Staatsverträgen oder nach Gesetzen die Gegenseitigkeit verbürgt ist.

(3) Die Strafe wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass bei der Waarenbezeichnung der Name oder die Firma mit so geringen Abweichungen wiedergegeben wird, dass die letzteren nur durch Anwendung besonderer Aufmerksamkeit wahrgenommen werden können.

B. Gesetz über den Markenschutz von 1874 (MSchG)¹⁴⁸¹

§ 14

(1) Wer Waaren oder deren Verpackung wissentlich mit einem nach Massgabe dieses Gesetzes zu schützenden Waarenzeichen, oder mit dem Namen oder der Firma des inländischen Produzenten oder Handeltreibenden widerrechtlich kennzeichnet, oder wissentlich dergleichen widerrechtlich bezeichnet, oder wissentlich dergleichen widerrechtlich bezeichnete Waaren in Verkehr bringt oder feilhält, wird mit Geldstrafe von einhundertfünfzig bis dreitausend Mark oder mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft und ist dem Verletzten zur Entschädigung verpflichtet.

(2) Die Strafverfolgung tritt nur auf Antrag ein.

¹⁴⁸⁰ RGBl. 1871, 124 ff.

¹⁴⁸¹ Vom 30. November 1874, RGBl. 1874, S. 143 ff., in Kraft ab dem 1. Mai 1875.

§ 15

(1) Statt der aus diesem Gesetze entspringenden Entschädigung kann auf Verlangen des Geschädigten neben der Strafe auf eine an ihn zu erlegenden Busse bis zum Betrag von fünftausend Mark erkannt werden. Für diese Buße haften die zu derselben Verurtheilten als Gesamtschuldner.

(2) Eine anerkannte Buße schließt die Geltendmachung eines weiteren Entschädigungsanspruchs aus.

§ 17

(1) Erfolgt eine Verurteilung auf Grund des § 14, so ist auf Antrag des Verletzten bezüglich der im Besitze des Verurtheilten befindlichen Waaren auf Vernichtung der Zeichen auf der Verpackung oder den Waaren, oder, wenn die Beseitigung der Zeichen in anderer Weise nicht möglich ist, auf Vernichtung der Verpackung oder der Waaren selbst zu erkennen.

(2) Erfolgt die Verurteilung im Strafverfahren, so ist dem Verletzten die Befugnis zuzusprechen, die Verurteilung auf Kosten des Verurtheilten öffentlich bekannt zu machen. Die Art der Bekanntmachung, sowie die Frist zu derselben ist in dem Urtheil zu bestimmen.

C. Gesetz zum Schutz der Waarenbezeichnungen von 1894 (WbzG)¹⁴⁸²

§ 14

(1) Wer wissentlich oder aus grober Fahrlässigkeit Waaren oder deren Verpackung oder Umhüllung, oder Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefe, Empfehlungen, Rechnungen, oder dergleichen mit dem Namen oder der Firma eines Anderen oder mit einem nach Maßgabe dieses Gesetzes geschützten Waarenzeichen widerrechtlich versieht oder dergleichen widerrechtlich gekennzeichnete Waaren in Verkehr bringt oder feilhält, ist dem Verletzten zur Entschädigung verpflichtet.

(2) Hat er die Handlung wissentlich begangen, so wird er außerdem mit Geldstrafe von 150 bis 5000 Mark oder mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft. Die Strafverfolgung tritt nur auf Antrag ein. Die Zurücknahme des Antrags ist zulässig.¹⁴⁸³

¹⁴⁸² Vom 12. Mai 1894, RGBl. 1894, 441 ff., auch Bl. f. PMZ 1894, 5; Begründung in RGBl. 1894, 25.

¹⁴⁸³ Die Sätze 2 und 3 zum Strafantragserfordernis sind nach § 3 des Gesetzes vom 21. März 1925 weggefallen, RGBl. II, S. 115 (betreffend den Beitritt zum MMA).

§ 15

Wer zum Zweck der Täuschung in Handel und Verkehr Waaren oder deren Verpackung oder Umhüllung, oder Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefe, Empfehlungen, Rechnungen oder dergleichen mit einer Ausstattung, welche innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen gleichartiger Waaren eines Anderen gilt, ohne dessen Genehmigung versieht, oder wer zu dem gleichen Zweck derartig gekennzeichnete Waaren in Verkehr bringt, ist dem Verletzten zur Entschädigung verpflichtet und wird mit Geldstrafe von einhundert bis dreitausend Mark oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft. Die Strafverfolgung tritt nur auf Antrag ein. Die Zurücknahme des Antrags ist zulässig.

§ 16

(1) Wer Waaren oder deren Verpackung oder Umhüllung oder Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefe, Empfehlungen, Rechnungen oder dergleichen fälschlich mit einem Staatswappen oder mit einem Namen oder Wappen eines Ortes, eines Gemeinde- oder weiteren Kommunalverbands zu dem Zweck versieht, über Beschaffenheit und Werth der Waaren einen Irrthum zu erregen, oder wer zu dem gleichen Zweck derartig bezeichnete Waaren in Verkehr bringt oder feihält, wird mit Geldstrafe von einhundertfünfzig bis fünftausend Mark oder mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft.

(2) Die Verwendung von Namen, welche nach Handelsbrauch zur Benennung gewisser Waaren dienen, ohne deren Herkunft bezeichnen zu sollen, fällt unter diese Bestimmung nicht.

§ 17

(Beschlagnahme und Einziehung warenzeichenverletzender ausländischer Waren)

§ 18

(Umwandlung der Entschädigung in Buße)

§ 19

(Beseitigung und Vernichtung, öffentliche Bekanntmachung)

§ 20

Die Anwendung der Bestimmungen dieses Gesetzes wird durch Abweichungen nicht ausgeschlossen, mit denen fremde Namen, Firmen, Zeichen, Wappen und sonstige Kennzeichnungen von Waaren wiedergegeben werden, sofern ungeachtet dieser Abweichungen die Gefahr einer Verwechslung im Verkehr vorliegt.

D. Warenzeichengesetz 1936¹⁴⁸⁴

§ 24

(1) Wer im geschäftlichen Verkehr Waren oder ihre Verpackung oder Umhüllung oder Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefe, Empfehlungen, Rechnungen oder dergleichen mit dem Namen oder der Firma eines anderen oder mit einem nach diesem Gesetz geschützten Warenzeichen versieht, oder wer derart widerrechtlich gekennzeichnete Waren in Verkehr bringt oder feilhält, kann von dem Verletzten auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.

(2) Wer die Handlung vorsätzlich oder fahrlässig vornimmt, ist dem Verletzten zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet.

(3) Ist die Handlung vorsätzlich begangen worden, so wird der Täter mit Geldstrafe oder mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft.

§ 25 (Ausstattung)

(1) Wer im geschäftlichen Verkehr Waren oder ihre Verpackung oder Umhüllung oder Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefe, Empfehlungen, Rechnungen oder dergleichen widerrechtlich mit einer Ausstattung versieht, die innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen gleicher oder gleichartiger Waren eines anderen gilt, kann von dem anderen auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.

(2) (*Schadensersatz*)

(3) Ist die Handlung vorsätzlich begangen worden, so wird der Täter mit Geldstrafe oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft.

§ 26 (Falsche Warenkennzeichnung)

(1) Wer im geschäftlichen Verkehr vorsätzlich oder fahrlässig Waren oder ihre Verpackung oder Umhüllung mit einer falschen Angabe über den Ursprung, die

¹⁴⁸⁴ Vom 5. Mai 1936, I.d.F. des Gesetzes vom 18. Juli 1953 (5. ÜLG),
RGBl II, S.134.

Beschaffenheit oder den Wert der Waren versieht, die geeignet ist, einen Irrtum zu erregen, oder wer vorsätzlich die so bezeichneten Waren in Verkehr bringt oder feilhält oder die irreführende Angabe auf Ankündigungen, Geschäftspapieren oder dergleichen anbringt, wird mit Geldstrafe und Haft oder mit einer von beiden Strafen bestraft, soweit er nicht nach anderen Bestimmungen eine schwerere Strafe verwirkt hat.

(2) *(Ausschluss von best. falschen Angaben, die ihre ursprüngliche Bedeutung verloren haben)*

§ 27 (Schutz von Hoheits-, Prüf- und Gewährzeichen)

Wer unbefugt die im § 4 Abs. 2 Nr. 2 und 3 bezeichneten Wappen, Flaggen, Hoheitszeichen oder amtlichen Prüf- und Gewährzeichen zur Bezeichnung von Waren benutzt, wird mit Geldstrafe bis zu 150 Reichsmark oder mit Haft bestraft, soweit er nicht nach anderen Bestimmungen eine schwerere Strafe verwirkt hat.

E. Änderung der Strafvorschriften des WZG im Rahmen des EGStGB (1975)¹⁴⁸⁵

§ 24

(3) Ist die Handlung vorsätzlich begangen worden, so wird der Täter mit Freiheitsstrafe bis zu 6 Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen bestraft.

§ 25

(3) Ist die Handlung vorsätzlich begangen worden, so wird der Täter mit Freiheitsstrafe bis zu 6 Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen bestraft.

§ 26

(1) Wer im geschäftlichen Verkehr vorsätzlich oder fahrlässig Waren oder ihre Verpackung oder Umhüllung mit einer falschen Angabe über den Ursprung, die Beschaffenheit oder den Wert der Waren versieht, die geeignet ist, einen Irrtum zu erregen, oder wer vorsätzlich die so bezeichneten Waren in Verkehr bringt oder feilhält oder die irreführende Angabe auf Ankündigungen, Geschäftspapieren oder dergleichen anbringt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit

¹⁴⁸⁵ Zur Anpassung an Art. 137 EGStGB, vom 2. März 1974, Bl. f. PMZ. 1974, 182 (184/185).

Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen bestraft, wenn die Tat nicht nach anderen Bestimmungen mit schwererer Strafe bedroht ist.

(2) *(Ausschluss von bestimmten falschen Angaben, die ihre ursprüngliche Bedeutung verloren haben)*

§ 27

(1) Ordnungswidrig handelt, wer unbefugt die in § 4 Abs. 2 Nr. 2, 3 oder 3a bezeichneten Wappen, Flaggen, Hoheitszeichen, amtlichen Prüf- und Gewährzeichen oder sonstige Bezeichnungen zur Kennzeichnung von Waren verwendet.

(2) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbusse geahndet werden.

F. Änderung des WZG durch das Produktpirateriegesetz 1990¹⁴⁸⁶

§ 24

(3) *(aufgehoben und ersetzt durch § 25 WZG)*

§ 25

(3) *(aufgehoben und ersetzt durch § 25d WZG)*

§ 25d

(1) Wer im geschäftlichen Verkehr Waren oder ihre Verpackung oder Umhüllung oder Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefe, Empfehlungen, Rechnungen oder dergleichen widerrechtlich

1. mit dem Namen oder der Firma eines anderen oder mit einem nach diesem Gesetz geschützten Warenzeichen oder

2. mit einer Ausstattung, die innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen gleicher oder gleichartiger Waren eines anderen gilt, versieht oder wer derart widerrechtlich gekennzeichnete Waren in Verkehr bringt oder feilhält, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Handelt der Täter gewerbsmäßig, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe.

¹⁴⁸⁶ Vom 7. März 1990, BGBl. 1990, 422.

- (3) Der Versuch ist strafbar.
- (4) *(Antragserfordernis)*
- (5) *(Einziehung)*
- (6) *(öffentliche Bekanntmachung)*

§ 26 (Falsche Ursprungs-, Beschaffenheits- und Wertangaben)

- (1) Wer im geschäftlichen Verkehr Waren oder ihre Verpackung oder Umhüllung mit einer falschen Angabe über den Ursprung, die Beschaffenheit oder den Wert der Waren versieht, die geeignet ist, einen Irrtum zu erregen, oder wer die so bezeichneten Waren in Verkehr bringt oder feilhält oder die irreführende Angabe auf Ankündigungen, Geschäftspapieren oder dergleichen anbringt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
- (2) Der Versuch ist strafbar.
- (3) Bei einer Verurteilung bestimmt das Gericht, dass die widerrechtliche Kennzeichnung der im Besitz des Verurteilten befindlichen Gegenstände beseitigt wird oder, wenn dies nicht möglich ist, die Gegenstände vernichtet werden.
- (4) *(Ausschluss von best. falschen Angaben, die ihre ursprüngliche Bedeutung verloren haben)*

G. Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Markenrechts¹⁴⁸⁷

§ 170 (Strafbare Kennzeichenverletzung)

- (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer im geschäftlichen Verkehr widerrechtlich
 - 1. ein mit einer eingetragenen Marke identisches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen benutzt, die mit denjenigen identisch sind, für die sie eingetragen ist,
 - 2. ein Zeichen benutzt, wenn wegen der Identität oder Ähnlichkeit des Zeichens mit einer eingetragenen Marke und der Identität oder Ähnlichkeit der durch die Marke und das Zeichen erfassten Waren oder Dienstleistungen für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen, einschließlich der Gefahr, daß das Zeichen mit der Marke gedanklich in Verbindung gebracht wird, besteht,
 - 3. ein mit einer eingetragenen Marke identisches oder ähnliches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen benutzt, die nicht denen ähnlich sind, für die die Marke eingetragen ist, wenn es sich bei der eingetragenen

¹⁴⁸⁷ Diskussionsentwurf des Bundesministerium der Justiz (BMJ), abgedruckt in GRUR 1993, 599 – 631.

Marke um eine im Inland bekannte Marke handelt und die Benutzung des Zeichens die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung der Marke ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt,

4. ein mit einer nicht eingetragenen Marke oder Ausstattung im Sinne des § 139 identisches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen benutzt, die mit denjenigen identisch sind, für die die nicht eingetragene Marke oder die Ausstattung Schutz genießt,
5. ein Zeichen benutzt, wenn wegen der Identität oder der Ähnlichkeit des Zeichens mit einer nicht eingetragenen Marke oder Ausstattung im Sinne des § 139 und der Identität oder Ähnlichkeit der Waren oder Dienstleistungen, für die die nicht eingetragene Marke oder die Ausstattung Schutz genießt, mit den Waren oder Dienstleistungen, für die das Zeichen benutzt wird, für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen, einschließlich der Gefahr, dass das Zeichen mit der nicht eingetragenen Marke oder der Ausstattung gedanklich in Verbindung gebracht wird, besteht,
6. ein mit einer nicht eingetragenen Marke oder Ausstattung im Sinne des § 139 identisches oder ähnliches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen benutzt, die nicht denen ähnlich sind, für die die nicht eingetragene Marke oder die Ausstattung Schutz genießt, wenn es sich bei der nicht eingetragenen Marke oder der Ausstattung um eine im Inland bekannte Marke oder Ausstattung handelt und die Benutzung des Zeichens die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung der Marke oder Ausstattung ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt, oder
7. einen Werktitel im Sinne des § 140 oder ein Unternehmenskennzeichen im Sinne des § 141 oder ein ähnliches Zeichen in einer Weise benutzt, die geeignet ist, Verwechslungen mit dem geschützten Kennzeichen hervorzurufen.

(2) Ebenso wird bestraft, wer die Rechte des Inhabers einer nach Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaften geschützten Marke verletzt, soweit eine Rechtsverordnung nach Absatz 9 für einen bestimmten Tatbestand auf diese Strafvorschrift verweist.

(3) Handelt der Täter gewerbsmäßig, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe.

(4) Der Versuch ist strafbar.

(5) In den Fällen der Absätze 1 und 2 wird die Tat nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.

(6) Nach den Absätzen 1 bis 3 wird nicht bestraft, wer keinen Anspruch des Berechtigten auf Unterlassung ausgesetzt ist.

(7) Gegenstände und Kennzeichnungsmittel, auf die sich die Straftat bezieht, können eingezogen werden, § 74 a des Strafgesetzbuches ist anzuwenden. Soweit den in § 15 bezeichneten Ansprüchen auf Vernichtung im Verfahren nach den Vorschriften der Strafprozessordnung über die Entschädigung des Verletzten (§§ 403 bis 406 c der Strafprozessordnung) stattgegeben wird, sind die Vorschriften über die Einziehung nicht anzuwenden.

(8) Wird auf Strafe erkannt, so ist, wenn der Verletzte es beantragt und ein berechtigtes Interesse daran dartut, anzuordnen, dass die Verurteilung auf Verlangen öffentlich bekannt gemacht wird. Die Art der Bekanntmachung ist im Urteil zu bestimmen.

(9) Das Bundesministerium der Justiz wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates die Tatbestände zu bezeichnen, die als Straftat nach Absatz 4 geahndet werden können, soweit dies zur Unterbindung von Verletzungen von Marken erforderlich ist, die nach Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaften geschützt sind.

§ 171 (Strafbare Benutzung geographischer Herkunftsangaben)

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer entgegen § 154 eine geographische Herkunftsangabe im Sinne des § 153 benutzt.

(2) Ebenso wird bestraft, wer im geschäftlichen Verkehr widerrechtlich eine nach Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaften geschützte geographische Herkunftsangabe oder Ursprungsbezeichnung benutzt, soweit eine Rechtsverordnung nach Absatz 6 für einen bestimmten Tatbestand auf diese Strafvorschrift verweist.

(3) Der Versuch ist strafbar.

(4) Bei einer Verurteilung bestimmt das Gericht, dass die widerrechtliche Kennzeichnung der im Besitz des Verurteilten befindlichen Gegenstände oder Kennzeichnungsmittel beseitigt wird oder, wenn dies nicht möglich ist, die Gegenstände oder Kennzeichnungsmittel vernichtet werden.

[(5) Wird auf Strafe erkannt, so ist, wenn das öffentliche Interesse dies erfordert, anzuordnen, dass die Verurteilung öffentlich bekannt gemacht wird. Die Art der Bekanntmachung ist im Urteil zu bestimmen.]

(6) Das Bundesministerium der Justiz wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates die Tatbestände zu bezeichnen, die als Straftaten nach Absatz 2 geahndet werden können, soweit dies zur Durchsetzung des in Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaften vorgesehenen Schutzes von geographischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen erforderlich ist.

§ 172 (Ordnungswidrige Verwendung von Hoheitszeichen und ähnlichen Zeichen)

- (1) Ordnungswidrig handelt, wer im geschäftlichen Verkehr unbefugt die in § 6 Abs. 2 Nr. 6, Nr. 7 und Nr. 8 bezeichneten Wappen, Flaggen, Hoheitszeichen, amtliche Prüf- und Gewährzeichen oder sonstigen Bezeichnungen [zur Kennzeichnung von Waren oder Dienstleistungen] benutzt.
- (2) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße geahndet werden.
- (3) § 171 Abs. 4 ist entsprechend anzuwenden.

H. Markengesetz 1994¹⁴⁸⁸

§ 143 (Strafbare Kennzeichenverletzung)

- (1) Wer im geschäftlichen Verkehr widerrechtlich
 1. entgegen § 14 Abs. 2 Nr. 1 oder 2 ein Zeichen benutzt,
 2. entgegen § 14 Abs. 2 Nr. 3 ein Zeichen in der Absicht benutzt, die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung einer bekannten Marke auszunutzen oder zu beeinträchtigen,
 3. entgegen § 14 Abs. 4 Nr. 1 ein Zeichen anbringt oder entgegen § 14 Abs. 4 Nr. 2 oder eine Aufmachung oder Verpackung oder ein Kennzeichnungsmittel anbietet, in den Verkehr bringt, besitzt, einführt oder ausführt, soweit Dritten die Benutzung des Zeichens
 - a) nach § 14 Abs. 2 Nr. 1 oder 2 untersagt wäre oder
 - b) nach § 14 Abs. 2 Nr. 3 untersagt wäre und die Handlung in der Absicht vorgenommen wird, die Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft oder der Wertschätzung einer bekannten Marke zu ermöglichen,
 4. entgegen § 15 Abs. 2 eine Bezeichnung oder ein Zeichen benutzt oder
 5. entgegen § 15 Abs. 3 eine Bezeichnung oder ein Zeichen in der Absicht benutzt, die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung einer bekannten geschäftlichen Bezeichnung auszunutzen oder zu beeinträchtigen,wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

¹⁴⁸⁸ Art. 1 des Gesetzes zur Reform des Markenrechts und zur Umsetzung der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (Markenrechtsreformgesetz, MRRG), BGBl. 1994, I., S. 3082 ff., in Kraft seit dem 1. Januar 1995; i.d.F. des Markenrechtsänderungsgesetzes 1996, Vom 19. Juli 1996, BGBl. 1996, I. S. 1014 -1017.

(1a) Ebenso wird bestraft, wer die Rechte des Inhabers einer nach Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaft geschützten Marke verletzt, soweit eine Rechtsverordnung nach Absatz 7 für einen bestimmten Tatbestand auf diese Strafvorschrift verweist.

(2) Handelt der Täter gewerbsmäßig, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe.

(3) Der Versuch ist strafbar.

(4) In den Fällen des Absatzes 1 wird die Tat nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, daß die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.

(5) Gegenstände, auf die sich die Straftat bezieht, können eingezogen werden. § 74a des Strafgesetzbuchs ist anzuwenden. Soweit den in § 18 bezeichneten Ansprüchen auf Vernichtung im Verfahren nach den Vorschriften der Strafprozessordnung über die Entschädigung des Verletzten (§§ 403 bis 406c der Strafprozessordnung) stattgegeben wird, sind die Vorschriften über die Einziehung nicht anzuwenden.

(6) Wird auf Strafe erkannt, so ist, wenn der Verletzte es beantragt und ein berechtigtes Interesse daran dartut, anzuordnen, dass die Verurteilung auf Verlangen öffentlich bekannt gemacht wird. Die Art der Bekanntmachung ist im Urteil zu bestimmen.

(7) Das Bundesministerium der Justiz wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates die Tatbestände zu bezeichnen, die als Straftaten nach Absatz 1a geahndet werden können, soweit dies zur Durchsetzung des in Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaft vorgesehenen Schutzes von Marken erforderlich ist.

§ 144 (Strafbare Benutzung geographischer Herkunftsangaben)

(1) Wer im geschäftlichen Verkehr widerrechtlich eine geographische Herkunftsangabe, einen Namen, eine Angabe oder ein Zeichen

1. entgegen § 127 Abs. 1 oder 2, jeweils auch in Verbindung mit Abs. 4 oder einer Rechtsverordnung nach § 137 Abs. 1, benutzt oder

2. entgegen § 127 Abs. 3, auch in Verbindung mit Abs. 4, oder einer Rechtsverordnung nach § 137 Abs. 1, in der Absicht benutzt, den Ruf oder die Unterscheidungskraft einer geographischen Herkunftsangabe auszunutzen oder zu beeinträchtigen,

wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer im geschäftlichen Verkehr widerrechtlich eine nach Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaft geschützte geographische Angabe oder Ursprungsbezeichnung benutzt, soweit eine Rechtsverordnung nach Absatz 6 für einen bestimmten Tatbestand auf diese Strafvorschrift verweist.

- (3) Der Versuch ist strafbar.
- (4) Bei einer Verurteilung bestimmt das Gericht, dass die widerrechtliche Kennzeichnung der im Besitz des Verurteilten befindlichen Gegenstände beseitigt wird oder, wenn dies nicht möglich ist, die Gegenstände vernichtet werden.
- (5) Wird auf Strafe erkannt, so ist, wenn das öffentliche Interesse dies erfordert, anzuordnen, dass die Verurteilung öffentlich bekannt gemacht wird. Die Art der Bekanntmachung ist im Urteil zu bestimmen.
- (6) Das Bundesministerium der Justiz wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates die Tatbestände zu bezeichnen, die als Straftaten nach Absatz 2 geahndet werden können, soweit dies zur Durchsetzung des in Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaft vorgesehenen Schutzes von geographischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen erforderlich ist.

§ 145 (Bußgeldvorschriften)

- (1) Ordnungswidrig handelt, wer im geschäftlichen Verkehr widerrechtlich in identischer oder nachgeahmter Form
 1. ein Wappen, eine Flagge oder ein anderes staatliches Hoheitszeichen oder ein Wappen eines inländischen Ortes oder eines inländischen Gemeinde- oder weiteren Kommunalverbandes im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 6,
 2. ein amtliches Prüf- oder Gewährzeichen im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 7 oder
 3. ein Kennzeichen, ein Siegel oder eine Bezeichnung im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 8

zur Kennzeichnung von Waren oder Dienstleistungen benutzt.

- (2) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig
 1. entgegen § 134 Abs. 3, auch in Verbindung mit Abs. 4,
 - a) das Betreten von Geschäftsräumen, Grundstücken, Verkaufseinrichtungen oder Transportmitteln oder deren Besichtigung nicht gestattet,
 - b) die zu besichtigenden Agrarerzeugnisse oder Lebensmittel nicht so darlegt, dass die Besichtigung ordnungsgemäß vorgenommen werden kann,
 - c) die erforderliche Hilfe bei der Besichtigung nicht leistet,
 - d) Proben nicht entnehmen lässt,
 - e) geschäftliche Unterlagen nicht oder nicht vollständig vorlegt oder nicht prüfen lässt oder
 - f) eine Auskunft nicht, nicht richtig oder nicht vollständig erteilt oder
 2. einer nach § 139 Abs. 1 erlassenen Rechtsverordnung zuwiderhandelt, soweit sie für einen bestimmten Tatbestand auf diese Bußgeldvorschrift verweist.

(3) Die Ordnungswidrigkeit kann in den Fällen des Absatzes 1 mit einer Geldbuße bis zu zweitausendfünfhundert Euro und in den Fällen des Absatzes 2 mit einer Geldbuße bis zu zehntausend Euro geahndet werden.¹⁴⁸⁹

(4) In den Fällen des Absatzes 1 ist § 144 Abs. 4 entsprechend anzuwenden.

I. Verletzung einer Gemeinschaftsmarke (2001)¹⁴⁹⁰

§ 143 (Strafbare Kennzeichenverletzung)

- c) (1a) (weggefallen)
- d) (7) (weggefallen)

§ 143a (Strafbare Verletzung der Gemeinschaftsmarke)¹⁴⁹¹

(1) Wer die Rechte des Inhabers einer Gemeinschaftsmarke nach Artikel 9 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. EG 1994 Nr. L 11 S.1) verletzt, indem er trotz eines Verbots und ohne Zustimmung des Markeninhabers im geschäftlichen Verkehr

1. ein mit der Gemeinschaftsmarke identisches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen benutzt, die mit denjenigen identisch sind, für die sie eingetragen ist,
2. ein Zeichen benutzt, wenn wegen der Identität oder Ähnlichkeit des Zeichens mit der Gemeinschaftsmarke und der Identität oder Ähnlichkeit der durch die Gemeinschaftsmarke und das Zeichen erfassten Waren oder Dienstleistungen für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht, einschließlich der Gefahr, dass das Zeichen mit der Marke gedanklich in Verbindung gebracht wird, oder
3. ein mit der Gemeinschaftsmarke identisches Zeichen oder ein ähnliches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen benutzt, die nicht denen ähnlich sind, für die die Gemeinschaftsmarke eingetragen ist, wenn diese in der Gemeinschaft bekannt ist und das Zeichen in der Absicht benutzt wird, die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung der bekannten Gemeinschaftsmarke ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise auszunutzen oder zu beeinträchtigen,

wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) § 143 Abs. 2 bis 6 gilt entsprechend.

¹⁴⁸⁹ Geändert durch Art. 9 Nr. 35 G v. 13. Dezember 2001, BGBl. I, S. 3656.

¹⁴⁹⁰ Änderung des MarkenG durch Art. 9 Nr. 35 G v. 13. Dezember 2001, BGBl. I, S. 3656.

J. Warenzeichengesetz (WZG) DDR 1954¹⁴⁹²

§ 29

(1) Wer im geschäftlichen Verkehr Waren oder Ihre Verpackung oder Umhüllung oder Ankündigungen, Preislisten, Empfehlungen, Rechnungen oder dergleichen mit dem Namen oder der Firma eines anderen oder mit einem nach diesem Gesetz geschützten Warenzeichen widerrechtlich versieht, oder wer derart widerrechtlich gekennzeichnete Waren in Verkehr bringt oder feilhält, kann von dem Verletzten auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.

(2) Schadensersatz bei Vorsatz oder Fahrlässigkeit

(3) Ist die Handlung vorsätzlich begangen, so wird der Täter mit Geldstrafe oder mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft.

§ 30

(1) Wer im geschäftlichen Verkehr Waren oder Ihre Verpackung oder Umhüllung oder Ankündigungen, Preislisten, Empfehlungen, Rechnungen o. dgl. mit dem Namen oder der Firma eines anderen oder mit einer Ausstattung versieht, die innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen gleicher oder gleichartiger Waren gilt oder wer derart widerrechtlich gekennzeichnete Waren in Verkehr bringt oder feilhält, kann von dem Verletzten auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.

(2) *(Schadensersatz bei Vorsatz oder Fahrlässigkeit.)*

(3) Ist die Handlung vorsätzlich begangen, so wird der Täter mit Geldstrafe oder mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft.

§ 31

(1) Wer im geschäftlichen Verkehr vorsätzlich oder fahrlässig Waren oder ihre Verpackung oder Umhüllung mit einer falschen Angabe über den Ursprung, die Beschaffenheit oder den Wert der Waren versieht, die geeignet ist, einen Irrtum zu erregen oder wer vorsätzlich die so bezeichneten Waren in Verkehr bringt oder feilhält oder die irreführenden Angaben auf Ankündigungen, Geschäftspapieren o. dgl. anbringt, wird mit Geldstrafe oder mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft, sofern er nicht nach anderen Bestimmungen eine schwerere Strafe verwirkt hat.

¹⁴⁹² Abgedruckt in Bl. f. PMZ 1954, 71 ff., Neufassung 1968 in GBl. I 1968, S. 360.

(2) *(Ausschlussklausel)*

K. Markenstrafrecht im TRIPS-Abkommen

Art. 61

Die Mitglieder sehen Strafverfahren und Strafen vor, die zumindest bei vorsätzlicher Nachahmung von Markenwaren oder vorsätzlicher unerlaubter Herstellung urheberrechtlich geschützter Waren in gewerbsmäßigem Umfang Anwendung finden. Die vorgesehenen Sanktionen umfassen zur Abschreckung ausreichende Haft- und/oder Geldstrafen entsprechend dem Strafmaß, das auf entsprechend schwere Strafen anwendbar ist. In geeigneten Fällen umfassen die vorzusehenden Sanktionen auch die Beschlagnahme, die Einziehung und die Vernichtung der rechtsverletzenden Waren und allen Material und aller Werkzeuge, die überwiegend dazu verwendet werden, die Straftat zu begehen. Die Mitglieder können Strafverfahren und Strafen für andere Fälle der Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums vorsehen, insbesondere wenn die Handlungen vorsätzlich und in gewerbsmäßigem Umfang begangen werden.

L. Vorschläge zur Neugestaltung der Tatbestände des Markenstrafrechts

1. GRUR e.V.

a) Straftatbestand der betrügerischen Produktnachahmung und -kennzeichnung (1985)¹⁴⁹³

(1) Wer im geschäftlichen Verkehr Waren oder ihre Verpackung, die mit der Ware oder Verpackung eines anderen (in ihrem äußeren Erscheinungsbild) vollständig oder in allen wesentlichen Teilen übereinstimmen, mit dem Warenzeichen oder dem Namen oder der Firma oder Ausstattung des anderen widerrechtlich versieht, so dass der Anschein der Originalware erweckt wird, oder wer solche Waren einführt, anbietet oder in Verkehr bringt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ist die Handlung fahrlässig begangen worden, so wird der Täter mit Geldstrafe bestraft.

¹⁴⁹³ Abgedruckt in Anlage 1 zur Eingabe, GRUR 1985, 867.

(3) Vorbehaltlich des Absatzes 5 ordnet das Gericht an, dass widerrechtlich gekennzeichnete Waren und Verpackungen im Sinne des Abs. 1 dieser Vorschrift vernichtet werden.

(4) Das Gericht ordnet ferner an, dass die ausschließlich zur Herstellung der Waren und ihrer widerrechtlichen Kennzeichnung bestimmten Vorrichtungen, wie Formen, Platten, Druckstöcke, Matrizen, Magnetbänder und ähnliche Vorlagen unbrauchbar gemacht oder, falls dies nicht durchführbar ist, vernichtet werden.

(5) Ist die Handlung weder vorsätzlich noch leichtfertig begangen und kann der durch die Rechtsverletzung verursachte Zustand durch andere Maßnahmen beseitigt werden, insbesondere dadurch, dass die widerrechtliche Kennzeichnung (auf den Waren bzw. Verpackungen) beseitigt wird, so darf das Gericht nur die hierzu erforderlichen Maßnahmen anordnen

(6) Liegen die Voraussetzungen für die Anordnung einer Vernichtung der Ware vor, so kann das Gericht anstelle der Vernichtung auch anordnen, dass die Ware unter Beseitigung der widerrechtlichen Kennzeichnung an eine gemeinnützige Einrichtung zu übergeben ist, soweit dies mit den Interessen des Verletzten vereinbar ist.

b) Sondertatbestand der Produktpiraterie im WZG (1989)¹⁴⁹⁴

§ 25d

(1) *(unverändert)*

(2) Handelt es sich bei den widerrechtlich gekennzeichneten Waren im Sinne des Abs. 1 um die identische oder nahezu identische Nachahmung einer fremden Ware, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe.

(3) In besonders schweren Fällen wird die Tat nach Abs. 2 dieser Vorschrift mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu zehn Jahren bestraft. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter

1. gewerbsmäßig handelt,
2. nach Abs. 2 dieser Vorschrift bereits rechtskräftig verurteilt worden ist.

¹⁴⁹⁴ Quack/Vieregge, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Produktpiraterie, GRUR 1989, 29.

2. *Sondertatbestand der Produktpiraterie von Wölfel 1989 (Ergänzung zum Vorschlag des GRUR e.V.)*¹⁴⁹⁵

§ 25d WZG

(1) *(unverändert)*

(2) Handelt es sich bei den widerrechtlich gekennzeichneten Waren im Sinne des Abs. 1 um die identische oder nahezu identische Nachahmung einer fremden Ware, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe. Eine nahezu identische Nachahmung liegt vor, wenn das verwendete Zeichen und Ware oder Verpackung in wesentlichen Teilen mit denen des Berechtigten übereinstimmen, so dass der Anschein der Originalware erweckt wird.

2. **Vorschlag der EU-Kommission für eine Richtlinie über die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte an geistigem Eigentum**¹⁴⁹⁶

Art. 20 (Strafrechtliche Bestimmungen)

1. Die Mitgliedsstaaten achten darauf, dass jede schwerwiegende oder versuchte schwerwiegende Verletzung eines Rechts an geistigem Eigentum sowie Beihilfe und Anstiftung dazu als strafbare Handlung gilt. Eine schwerwiegende Verletzung liegt vor, wenn sie vorsätzlich und zu gewerblichen Zwecken erfolgt ist.
2. Bei natürlichen Personen sehen die Mitgliedsstaaten strafrechtliche Sanktionen einschließlich Freiheitsstrafen vor.
3. (Sanktionen gegenüber juristischen Personen, a) bis g))
4. (Definition der juristischen Person)

¹⁴⁹⁵ Wölfel, Rechtsfolgen von Markenverletzungen, Kapitel V. B. II. 3. (S. 183).

¹⁴⁹⁶ Vom 23. Januar 2003, KOM (2003) 46 endg., die am 29. April 2004 verabschiedete Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums enthält keine strafrechtlichen Regeln mehr.

Anhang 2 : Fragebogen zur strafrechtlichen Verfolgung Markenverletzungen von nach den §§ 143 ff. MarkenG

I. Ermittlungsverfahren

1. Frage

Wie viele Ermittlungsverfahren in Wirtschaftsstrafsachen werden von Ihnen pro Jahr durchgeführt?

- ca. Verfahren.

2. Frage

a) Wie viele Ermittlungsverfahren aufgrund von Verstößen gegen die Strafvorschriften des Markenrechts (§§ 143 ff. MarkenG) wurden von Ihnen/Ihrer Behörde eingeleitet? (pro Jahr in den letzten 3 ½ Jahren)

- 2001: Verfahren
- 2002: Verfahren
- 1. Halbjahr 2003: Verfahren

b) Gab es Ermittlungen in Fällen der strafbaren Benutzung geographischer Herkunftsangaben (z.B. Schwetzingener Spargel, Solinger Messer) nach § 144 MarkenG?

- Nein
- Ja, in 2001Verfahren, in 2002 in Verfahren, und im 1. HJ 2003 in Verfahren

3. Frage

Wie war in etwa das Verhältnis zwischen dem Grunddelikt des § 143 Abs. 1 MarkenG und der Qualifikation der gewerbsmäßigen Handlungsweise nach § 143 Abs. 2 MarkenG? (Anzahl der Fälle, alternativ Angabe des ca. Verhältnis für den gesamten Zeitraum)

- Anzahl der Verfahren nach § 143 Abs. 2 MarkenG in 2001 Verfahren, in 2002 Verfahren und im 1. HJ 2003..... Verfahren
- ggf. Verhältnis Grunddelikt / Qualifikation / %.

II. Verfahrensabschluss

4. Frage

a) Wie oft wurde das Verfahren eingestellt?

- Einstellung in 2001 in Verfahren, in 2002 in Verfahren, und im 1. HJ 2003 in Verfahren

b) Sofern eine Einstellung erfolgte: Aus welchen Gründen wurde eingestellt, ggf. gegen welche Auflagen? (ca. Angabe des Verhältnisses in Prozent)

- Einstellung nach §§ 153, 153a StPO %
- mangelnder Tatverdacht, § 170 StPO (z.B. fehlender Vorsatz) %
- sonstige Gründe, z.B. §§ 154, 154a, 205 StPO %

c) bei Erfüllung von Auflagen, § 153a StPO: Welche Auflagen wurden erteilt? (Bitte auch Höhe der üblichen Geldzahlungen von / bis EUR angeben):

.....
.....

5. Frage

Im Fall der Klageerhebung: Wurde diese in einzelnen Fällen auch bei der Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts erhoben?

- Nein, nur beim Amtsgericht
- Ja, in 2001 in Verfahren, in 2002 in Verfahren, und im 1. HJ 2003 in Verfahren
- ggf. Gründe für die Anklage beim LG? (Angabe von Besonderheiten, insbes. Art und Menge der Waren der gefälschten Waren etc.)

.....
.....

III. Gerichtsverfahren

6. Frage

Zur Entscheidung des Gerichts:

- #### a) In wie vielen Fällen erfolgte eine Verurteilung der Angeklagten?

- Verurteilung in 2001 in Verfahren, in 2002 in Verfahren, und im 1. HJ 2003 in Verfahren.

b) Welche Strafarten kamen zur Anwendung?

- O Geldstrafe, in 2001 in Fällen , in 2002 in Fällen und im 1. HJ 2003 in Fällen
- O Freiheitsstrafe, in 2001 in Fällen , in 2002 in Fällen und im 1. HJ 2003 in Fällen
- O ggf. Verwarnung mit Strafvorbehalt in 2001 in Fällen, in 2002 in Fällen und im 1. HJ 2003 in Fällen

c) Welches Strafmaß wurde dabei üblicherweise verhängt (min./ max.)?

- Geldstrafe, üblicherweise von..... TS bis TS
- Freiheitsstrafe, von bis

7. Frage

Erfolgten Ermittlungen oder Verurteilungen wegen des Versuchs der Tat, § 143 Abs. 3 MarkenG?

- O Nein
- O Ja, in 2001 in Verfahren, in 2002 in Verfahren, und im 1. HJ 2003 in Verfahren.

8. Frage

Erfolgten Verurteilungen wegen der Ausnutzung oder Beeinträchtigung bekannter Marken außerhalb des Warenähnlichkeitsbereichs gem. § 143 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG?

- O Nein
- O Ja, in 2001 in Verfahren, in 2002 in Verfahren und im 1. HJ 2003 in Verfahren

9. Frage

In der Diskussion über Maßnahmen zum Kampf gegen die „Produktpiraterie“ wird häufig die intensivere Verhängung von Nebenstrafen oder sogar die Einführung weiterer Maßnahmen – wie z.B. die Schließung des Ladenlokals des Täters – gefordert. Wurden die bereits bestehenden Maßnahmen bei Verurteilungen angewandt?

- Öffentliche Bekanntmachung des Urteils, § 143 Abs. 6 MarkenG in 2001 in Verfahren, in 2002 in Verfahren und im 1. HJ 2003 in Verfahren
- Einziehung, § 143 Abs. 5 MarkenG in 2001 in Verfahren, in 2002 in Verfahren und im 1. HJ 2003 in Verfahren
- sonstige (z.B. Berufsverbot, § 70 StGB, jedoch bundesweit im ges. Strafrecht nur 200 Fälle pro Jahr!!), Anzahl und Art der Fälle:
.....

IV. Sonstiges

10. Frage

Was sind für Sie die Hauptprobleme bei der Anwendung der Strafvorschriften des Markenrechts? (mehrere Antworten möglich)

- mangelnde Akzeptanz der Vorschriften (z.B. aufgrund der geminderten Bedeutung im Vergleich zum Zivilrecht, Einstufung als Bagatelldelikt, daher Verhängung zu geringer Strafen durch die Gerichte)
- unpräzise Formulierung der Tatbestände unter Verweis auf die zivilrechtlichen Normen
- keine klare Trennung im Tatbestand zwischen den verschiedenen Arten von Markenverletzungen
- rechtliche oder tatsächliche Probleme im Ermittlungsverfahren (z.B. Nachweis des Vorsatzes, Ressourcenmangel und deshalb geringere Verfolgungintensität im Vergleich zur Verfolgung „schwererer“ Delikte)
- sonstige Probleme / Kommentar:
.....
.....

11. Frage

Welche Verbesserungsmöglichkeiten sehen Sie, um Markenverletzungen in Zukunft möglicherweise strafrechtlich wirksamer zu begegnen? (mehrere Antworten möglich)

- O verstärkter Einsatz von Ermittlungsmaßnahmen (Durchsuchung, Beschlagnahme)
- O Schaffung eines speziellen Produktpiraterietatbestands zur besseren Trennung des Unrechtsgehalts der verschiedenen Verletzungshandlungen
- O „Bereinigung“ des § 143 MarkenG auf die praktisch wichtigsten Tatbestandsalternativen, so z.B. §§ 143 Abs. 1 Nr. 1 und 4 MarkenG und Abs. 2, zur Schaffung klarer tatbestandlicher Voraussetzungen
- O Beibehaltung des materiellen Rechts zugunsten größerer Flexibilität, jedoch Sensibilisierung und Schulung der Vollzugs- und Ermittlungsorgane sowie der Gerichte
- O Verstärkte Anwendung zusätzlicher Maßnahmen (z.B. Schließung der Geschäftsstelle, Berufsverbote, Urteilsveröffentlichungen, Einziehung etc.)
- O Eingliederung der Tatbestände in das Kernstrafrecht (zur Verbesserung der Akzeptanz)
- O Ausweitung der Strafbarkeit auf Fälle der groben Fahrlässigkeit
- O Strafrechtliche Verfolgung auch juristischer Personen (wie in einigen europäischen Ländern möglich, zur Umgehung der Schwierigkeiten bei der Ermittlung der Verantwortlichen, und um eine Gleichschaltung mit den einzelkaufmännischen Unternehmen zu erreichen)
- O Schaffung eines einheitlichen europäischen Strafrechts im gewerblichen Rechtsschutz
- Intensivierung der Zusammenarbeit der Ermittlungsbehörden / Schaffung verbesserter Ermittlungsbedingungen, z.B: Einrichtung von europ. Datenbanken zur Schutzrechtsermittlung, etc.
- O Sonstiges / Kommentar:

.....

.....

.....

Sonstige Anmerkungen

.....

.....

.....

Bitte senden Sie den ausgefüllten Fragebogen bis 15. September 2003 zurück.
VIELEN DANK FÜR IHRE MITWIRKUNG

Literaturverzeichnis

- Achenbach, Hans / Wannemacher, Wolfgang J., Beraterhandbuch zum Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Osnabrück/München 1996 (zit: Achenbach/Wannemacher, Wirtschaftsstrafrecht)
- Albert, Florian, Die Neuordnung des Markenrechts, Bericht über das 10. Ringberg Symposium des Max-Planck-Instituts vom 16. – 21. Dezember 1996, GRUR Int. 1997, 449
- Alexander, Christian, Die strafbare Werbung in der UWG-Reform, WRP 2004, 407
- Antonlisei, Francesco, Manuale di diritto penale, Bd. II. 9. Auflage, Mailand 1986
- Baumann, Jürgen / Weber, Ulrich / Mitsch, Wolfgang, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Auflage, Bielefeld 1995 (zit: Baumann/Weber/Mitsch)
- Baumbach, Adolf / Hefermehl, Wolfgang, Warenzeichenrecht, 12. Auflage, München 1985
- Baumbach, Adolf / Hopt, Klaus J. / Merkt, Hanno, Handelsgesetzbuch, 31. Auflage, München 2003
- Benkhard, Georg, Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, 9. Auflage, München 1993
- Berckhauer, Friedrich H., Die Strafverfolgung bei schweren Wirtschaftsdelikten, Freiburg i. Br. 1981
- Berekhoven, Ludwig / Eckert, Werner / Ellenrieder, Peter, Marktforschung, 9. Auflage, Wiesbaden 2001
- Berg, Günter, Das Warenkennzeichengesetz der Deutschen Demokratischen Republik, GRUR Int. 1988, 621
- Beußel, Reiner, Die Grenzbeschlagnahme von Parallelimporten, GRUR 2000, 188
- Boes, Ulrich / Deutsch, Volker, Die „Bekanntheit“ nach dem neuen Markenrecht und ihre Ermittlung durch Meinungsumfragen, GRUR 1996, 168 (170)
- Braun, Edwin, Produktpiraterie, Rechtsschutz durch Zivil-, Straf- und Verwaltungsrecht sowie ausgewählte Probleme der Rechtsdurchsetzung, Dissertation, Bayreuth 1993
- Bretschneider, Michael, Die Mitarbeiterbefragung in der Kommunalverwaltung, Berlin 1997
- Brockhaus - Die Enzyklopädie in 24 Bänden, 20., neu bearbeitete Auflage, Leipzig/ Mannheim: F.A. Brockhaus 1996-99
- Bürglen, Bernd, Klärung lebensmittelrechtlicher Kennzeichnungsfragen nach § 17 Abs. 1 Ziff. 5 b) im Ordnungswidrigkeitsverfahren, GRUR 1980, 368
- Busse, Rudolf, Kommentar zum Patentgesetz, 6. Auflage, Berlin 2003
- Busse, Rudolf, Warenzeichengesetz, 2. Auflage, Berlin 1939
- Busse, Rudolf / Starck, Joachim, Warenzeichengesetz, 6. Auflage, Berlin 1990
- Bußmann, Kurt, Name, Firma, Marke, Berlin 1937
- Bussmann, Kurt / Pietzcker, Rolf / Kleine, Heinz, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 3. Auflage, Berlin 1962
- Carratu, Vincent, Commercial counterfeiting, Trade Mark World 1986
- Catelani, Gulio, I delitti di falso, Mailand 1978
- Chavanne, Albert / Burst, Jean-Jacques, Droit de la propriété industrielle, 5. Auflage, Paris 1998
- Cremer, Richard, Die Bekämpfung der Produktpiraterie in der Praxis, Mitt. 1992, 153 ff.
- Cremer, Richard, Strafrechtliche Sanktionen bei der Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums (Q 169), Bericht der deutschen Landesgruppe der AIPPI zum Lissabonner Meeting von 18. – 22. Juni 2002, GRUR Int. 2002, 511
- Dahs, Hans, § 153 a StPO - ein „Allheilmittel“ der Strafrechtspflege, NJW 1996, 1192
- Dahs, Hans, Probleme des Wirtschaftsstrafrechts aus der Sicht des Praktikers, III. 1.; in Müller, Josef / Dahs, Hans, Wirtschaftsethik und Wirtschaftsstrafrecht, Paderborn 1991, S.67 – 85
- Deutsch, Volker, Zur Markenverunglimpfung, GRUR 1995, 319
- Dreier, Horst (Hrsg.), GG-Kommentar, Band III, Tübingen 2000.
- Dreier, Thomas, TRIPS und die Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums, GRUR Int. 1996, 205 – 218
- Droste, Helmut, Auch mehr als 100 Jahre: Deutsches Warenzeichenrecht, GRUR 1977, 411
- Duttge, Gunnar, Fahrlässigkeit und Bestimmtheitsgebot, Festschrift für Kohlmann, 13 (25), Köln 2003
- Eichmann, Helmut, Der Schutz von bekannten Kennzeichen, GRUR 1998, 201 ff.
- Erbs, Georg / Kohlhaas, Max, Strafrechtliche Nebengesetze, Loseblattausgabe, Band 3, München 1977, Ergänzungslieferungen ff.
- Ernstthaler, Jürgen, Produktpirateriegesetz, GRUR 1992, 273 ff.
- Fachausschuss der GRUR, Eingabe betr. den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über das Urheberrecht und verwandte Gesetze, GRUR 1985, 867 ff.
- Faupel, Rainer, GATT und geistiges Eigentum, ein Zwischenbericht zu Beginn der entscheidenden Verhandlungsrunde, GRUR Int. 1990, 255 ff.
- Fezer, Karl-Heinz, Die Kennzeichenfunktion von Domainnamen, WRP 2000, 669 – 675

- Fezer, Karl-Heinz, Entwicklungslinien und Prinzipien des Markenrechts in Europa - Auf dem Weg zur Marke als einem immaterialgüterrechtlichen Kommunikationszeichen, GRUR 2003, 457 - 469
- Fezer, Karl-Heinz, Kommentar zum Markengesetz, zur Pariser Verbandsübereinkunft und zum Madrider Markenabkommen; Dokumentation des nationalen, europäischen und internationalen Kennzeichenrechts, 3. Auflage, München 2001
- Fischer, Friedrich B., Grundzüge des gewerblichen Rechtsschutzes, 2. Auflage, Köln 1986
- Flechsig, Norbert, Neuüberlegungen zum Urheberrecht, GRUR 1978, 287
- Fürmann, Jochen, Der strafrechtliche Schutz geographischer Herkunftsangaben im Markengesetz, Markenrecht 2003, 381
- Ganter, Alexander, Strafrechtliche Probleme im Urheberrecht, NJW 1986, 1480.
- Gamm, Otto-Friedrich Frhr. von, Warenzeichengesetz, München 1965
- Gamm, Otto-Friedrich Frhr. von, Rufausnutzung und Beeinträchtigung bekannter Marken und geschäftlicher Bezeichnungen, Festschrift für Henning Piper, hrsg. von Willi Erdmann, München 1996, 537 (538)
- Gamm, Otto-Friedrich Frhr. von, Zur Warenzeichenrechtsreform, WRP 1993, 793
- Göhler, Erich, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 12. Auflage, München 1998
- Goldmann, Michael, Der Schutz des Unternehmenskennzeichens – Schutzfähigkeit und Schutzzumfang des Rechts an der Unternehmensbezeichnung im neuen Markengesetz, Dissertation Universität Mannheim, Köln 2000
- Götting, Horst-Peter, Die Entwicklung neuer Methoden der Beweisbeschaffung zur Bekämpfung von Schutzrechtsverletzungen - Die Anton-Piller-Order - Ein Modell für das deutsche Recht?, GRUR Int. 1988, 729
- Goutal, Jean-Louis, Die strafrechtliche Verfolgung von Markenverletzungen in Frankreich, in: Pattloch, Thomas, Symposium on Enforcement of Intellectual Property Rights and Patent Litigation vom 10. bis zum 14. September 2001 in München, GRUR Int. 2002, 30
- Gravenreuth, Günter Frhr. von, Das Plagiat aus strafrechtlicher Sicht, Köln 1986
- Gravenreuth, Günter Frhr. von, Strafverfahren wegen Verletzung von Patenten, Gebrauchsmustern, Warenzeichen und Urheberrechten, GRUR 1983, 349 ff.
- Gravenreuth, Günter Frhr. von, Kritische Anmerkungen zur Novelle des Urheberstrafrechts, GRUR 1985, 111
- Grebing, Strafrecht und unlauterer Wettbewerb – zur Reform des § 4 UWG, Wistra 1982, 82
- Gribboswky, Gerhard, Strafbare Werbung, Diss., Freiburg 1989
- Grünbuch zur Bekämpfung von Nachahmungen und Produkt- und Dienstleistungspiraterie im Binnenmarkt der EU-Kommission von Oktober 1998
- Guldenberg, Hans G., Der volkswirtschaftliche Wert und Nutzen der Marken, GRUR 1999, 843
- Hacker, Franz, Die Benutzung der Marke „als Marke“ als rechtliche Voraussetzung für den Erwerb, die Aufrechterhaltung und die Verletzung von Rechten (Q 168), GRUR Int. 2002, 502 - 511
- Harte-Bavendamm, Henning, Handbuch der Markenpiraterie in Europa, München 2000
- Hees Volker, Zurückgewinnungshilfe zu Gunsten der Opfer von Marken- und Produktpiraterie, GRUR 2002, 1037
- Heidelberger Kommentar zum Markenrecht, herausgegeben von Friedrich Ekey und Diethelm Klippel, (zit: Ekey/Klippel, MarkenR), Heidelberg 2002
- Heinz, Wolfgang, Das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionierungspraxis in Deutschland 1882 – 1999 (Stand: Berichtsjahr 1999), Internet-Publikation der Universität Konstanz: www.uni-konstanz.de/rtf/kis/sanks99.htm, Version 1/2002 (letzter Seitenbesuch am 15. Spetember 2004).
- Hildebrandt, Ulrich, Die Strafvorschriften des Urheberrechts, Berlin, Diss. 2000
- Hoffmann, Fritz, Zur Geschichte des Zeichenschutzes in Württemberg, GRUR 1913, 8.
- Horn, Eckhard, Ist die Verwarnung mit Strafvorbehalt noch zu retten?, NJW 1980, 106
- Hubmann, Heinrich / Götting, Horst-Peter, Gewerblicher Rechtsschutz, 6. Auflage, München 1998
- Hugger, Heiner, Zur Strafbarkeitserweiternden richtlinienkonformen Auslegung deutscher Strafvorschriften, NSZ 1993, 421
- Ingerl, Reinhard / Rohnke, Christian, Markengesetz – Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen, München 1998
- Ingerl, Reinhard / Rohnke, Christian, Markengesetz – Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen, 2. Auflage, München 2003
- Ingerl, Reinhard, Die Öffnung des Markenregisters für nur mittelbar beschreibende Angaben und Werbeappelle, WRP 1998, 473.
- Jehle, Jörg-Martin, Strafrechtspflege in Deutschland 2003, Fakten und Zahlen, herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz, Berlin 2003
- Jescheck, Heinz-Heinrich / Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts: allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996 (zit: Jescheck, Strafrecht AT).

- Jungblut, Hans, Die Zeichenstatuten der Sensenschmiede und Stabschleifergilde in der vormaligen bergischen Ämtern Elberfeld, Beyenburg, Bey und Bornefeld, GRUR 1924, 165
- Kent, Paul, Das Reichsgesetz zum Schutz der Waarenbezeichnungen (!), Berlin 1897
- Klug, Ulrich, Zur Strafbarkeit irreführender Werbeangaben, Teil I, GRUR 1975, 217- 229
- Knaak, Roland, der Schutz geographischer Angaben im neuen Markengesetz, GRUR 1995, 103 (106)
- Knaak, Roland, Die nationalen und internationalen Arbeiten gegen die Markenpiraterie, GRUR Int. 1988, 1
- Knaak, Roland, Bericht zur Zweiten Sitzung des WIPO-Expertenkomitees zum Schutz gegen Nachahmung (counterfeiting) vom 25. bis 29. Mai 1987 in Genf, GRUR Int. 1987, 693
- Knaak, Roland / Tilman, Winfried, Maßnahmen gegen die Nachahmung von Markenwaren, GRUR Int. 1986, 336 ff.
- Köhler/Piper, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, München 1995
- Köhler, Markus / Arndt, Hans-Wolfgang, Recht des Internet, 4. Auflage, Mannheim 2003
- Kopp, Ferdinand O. / Ramsauer, Ulrich, Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Auflage, München 2003
- Kraft, A., Herstellung und Vertrieb von Kennzeichnungsmaterial als Warenzeichenverletzung, GRUR 1974, 191.
- Krahl, Matthias, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht (Art. 103 Abs. 2 GG), Diss. Frankfurt a. M., 1986
- Kretschmer, Friedrich, WIPO: Markenrechtsvertrag beschlossen, GRUR 1994, 894
- Kretschmer, Friedrich, Aktuelle Berichte : Gesetz gegen Produktpiraterie: Regierungsentwurf, GRUR 1989, 581
- Krey, Volker, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, Frankfurt a.M. 1977,
- Krieger, Ulrich, Durchsetzung gewerblicher Schutzrechte in Deutschland und die TRIPS-Standards, GRUR Int. 1997, 421
- Krieger, Ulrich, Nochmals: Die Aussetzung des Patentverletzungsprozesses, GRUR 1996, 941
- Kröger, Bernd / Bausch, Thorsten, Produktpiraterie im Patentwesen, GRUR 1997, 321 - 328
- Krüger, Christof, Zum gedanklichen Inverkehrbringen im Sinne §§ 9 I 2, 14 II 2 Markengesetz, GRUR 1995, 527 – 530
- Kruis, Konrad / Wehowsky, Ralf, Verfassungsgerichtliche Leitlinien zur Wohnungsdurchsuchung; NJW 1999, 682
- Kunze, Gerd F., Die Verzahnung der Gemeinschaftsmarke mit dem System der internationalen Registrierung von Marken unter der gemeinsamen Ausführungsordnung zum Madrider Markenabkommen und dem Madrider Protokoll, in GRUR 1996, 627
- Kunz-Hallstein/Loschelder, Stellungnahme des GRUR e.V. zum Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte am geistigen Eigentum, GRUR 2003, 682
- Kur, Annette, TRIPS und das Markenrecht, GRUR Int. 1994, 987 – 997
- Kur, Anette, Schnittstellen zwischen Marken- und Wettbewerbsrecht bei nationalen und bei Gemeinschaftsmarken, GRUR 2001, 137 (139) (zit: Kur, Schnittstellen)
- Lackner, Karl / Kühl, Kristian, StGB, 24. Aufl., München 1999
- Lampe, Ernst-Joachim, Der strafrechtliche Schutz der Geisteswerke, I. Teil: zus. mit Ulrich Wölker; Archiv für Urheber-, Film, Funk und Theaterrecht (UFITA), Bd. 76, 141 ff.; II. Teil: UFITA 83, 15 ff.; 3. Teil: UFITA 87, 107 ff.
- Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin 1995
- Leipziger-Kommentar zum Strafgesetzbuch, Hrg. Von Hans Heinrich Jeschek, W. Ruß und G. Wilms, Bd. 1. (§§ 1 -31); 10. Auflage, Berlin 1985, New York, Bd. 1, (zit: LK-Bearbeiter)
- Lemke, Michael / Julius, Karl-Peter / Krehl, Christoph / Kurth, Joachim et. al., Heidelberger Kommentar zur StPO, Heidelberg 2001 (zit: HK-StPO-Bearbeiter)
- Lenckner, Theodor, Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz „nullum crimen lege“, JuS 1968, 249
- Levin, Marianne, Was bedeutet „Counterfeiting“, GRUR Int. 1987, 18
- Lichtenstein, C. , Urteilsanmerkung zum Missbrauch eines Warenzeichens, NStZ 1986, 517/518
- Liebl, Karlhans, Schwerpunktstaatsanwaltschaften zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Wistra 1987, 13
- Lührs, Wolfgang, Verfolgungsmöglichkeiten im Fall der „Produktpiraterie“ unter besonderer Berücksichtigung der Einziehungs- und Gewinnabschöpfungs-möglichkeiten (bei Ton-, Bild- und Computerprogrammen), GRUR 1994, 264
- Marxen, Klaus / Tiemann, Frank, Die Wiederaufnahme in Strafsachen, Heidelberg 1993.
- Maunz, Theodor / Dürig, Günter, Herzog, Roman, et. al, Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, Grundwerk 5. Auflage, München 1978, Ergänzungslieferungen 1978 ff.

- Meister, Herbert E., Die Marke zwischen den Gesetzen, GRUR 1994, 167 ff.
- Meister, Herbert E., Leistungsschutz und Produktpiraterie: Fragmente zu einem Phänomen, Frankfurt a. M. 1990
- Meister, Herbert E., Aspekte der Produktpiraterie, WRP 1991, 137
- Meister, Herbert E., Die Verteidigung von Marken. Eine Skizze zum neuen Recht, WRP 1995, 366
- Meyer, Andreas, Das deutsche und französische Markenrecht nach der Umsetzung der Ersten Markenrichtlinie (RL 89/104/EWG); GRUR Int. 1996, 592
- Meyer-Goßner, Lutz, Strafprozessordnung, 47. Auflage, München 2004
- Mikorey, Christine, Der Schutz von geographischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel in der Europäischen Gemeinschaft nach der Verordnung 2081/92, Diss. Uni Mannheim 2000
- Mühlendahl, Alexander von / Ohlgart, Dietrich / Bomhard, Verena von, Die Gemeinschaftsmarke; München 1998
- Müller, Hans, Patentwesen im deutschen Mittelalter, GRUR 1939, 936
- Müller, Thomas, Demoskopie in der Zitadelle des Strafrechts, GRUR 1986, 420 ff.
- Müller, Nicole, Das Zunftwesen der spätmittelalterlichen Städte, im Internet veröffentlicht unter www.mittelalernetzwerk.de/hand3.htm.
- Nägele, Thomas, Die rechtsverletzende Benutzung im Markenrecht, Baden-Baden 1999
- Neumann, Helmut, Warenzeichengesetz: Kommentar, Baden-Baden 1992
- Niehaus, Holger, Blankettnormen und Bestimmtheitsgebot vor dem Hintergrund europäischer Rechtssetzung, Wistra 2004, 207 (210).
- Pinzger, Werner, Das deutsche Warenzeichenrecht, 2. Auflage, Berlin 1937
- Pinzger, Werner / Heinemann, Felix, Kommentar zum Warenzeichengesetz, Berlin 1926
- Piper, Henning, Der Schutz der bekannten Marken, GRUR 1996, 429
- Piper, Henning, Zu den Anforderungen an den Schutz der bekannten Gemeinschaftsmarke nach der Gemeinschaftsmarkenverordnung, GRUR 1996, 657
- Preu, Albert, Von der Zunft zum europäischen Patent und der Gemeinschaftsmarke, GRUR 1982, 354
- Quack, Karlheinz / Vieregge, Ralf, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Produktpiraterie, GRUR 1989, 29
- Ransiek, Andreas, Gesetz und Lebenswirklichkeit: das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot, Diss. Uni Bielefeld 1988, Heidelberg 1989
- Rebmann, Kurth/Roth, Werner/Hermann, Siegfried, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Kommentar (Loseblatt), 3. Auflage Stuttgart 2001
- Reimer, Eduard, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 3. Auflage, Köln - Berlin 1954
- Remmert, Frank Rene, Schutz von bekannten Marken bei Produktähnlichkeit, Markenrecht 200, 242
- Rohnke, Christian, Die Bindung des Verletzungsrichters an die eingetragene Marke, GRUR 2001, 696
- Rößler, Bernd, die Ausnutzung der Wertschätzung bekannter Marken im neuen Markenrecht, GRUR 1994, 559 ff.
- Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 3. Auflage, München 1997
- Rudolphi, Hans-Joachim / Horn, Eckard, Samson, Erich, et. al., Systematischer Kommentar zum StGB, 1. Band, 8. Auflage, München 2003 (zit: SKStGB-Bearbeiter)
- Sachs, Michael, Grundgesetz Kommentar, München 2002 (zit: Sachs-Bearbeiter, GG-Kommentar)
- Sack, Rolf, Der Sonderschutz bekannter Marken, GRUR 1995, S. 81 ff.
- Sack, Rolf; „Doppelidentität“ und „gedankliches Inverkehrbringen“ im neuen deutschen und europäischen Markenrecht, GRUR 1996, 663 – 674
- Schadenersatz im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
- Scherbauer, Katja, Die Grenzbeschlagnahme von Produktpirateriewaren im Immaterialgüterrecht, Diss. Uni Konstanz, Konstanz 2000
- Schickedanz, Willi, Die Restitutionsklage nach rechtskräftigem Verletzungsurteil und darauf folgender Nichtigerklärung des verletzten Patents, GRUR 2000, 570
- Schiwiek, Frank, Die Strafbarkeit der Markenpiraterie, Diss. Uni Greifswald, Frankfurt a. M. 2004
- Schmelzeisen, Gustav Klemens, Zur Geschichte des Persönlichkeitsschutzes, Mitt. 1969, 216
- Schmidl, Michael, Die Bekämpfung der Produktpiraterie in der Bundesrepublik Deutschland und in Frankreich: zur Notwendigkeit eines europäischen Markenstrafrechts am Beispiel der Gemeinschaftsmarke, Diss. Uni Bayreuth, Heidelberg 1999
- Schmidhäuser, Eberhard, Strafrecht Allgemeiner Teil, Tübingen 1982

- Schönke, Adolf / Schröder, Horst, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 26. Auflage, München 2001 (zit: Sch/Sch-Bearbeiter, StGB)
- Schrickler, Gerhard (Hrsg.), Die Neuordnung des Markenrechts in Europa, Textsammlung, Markengesetze der Mitgliedsstaaten der EU, Baden-Baden 1998
- Schultz, Detlev von, Kommentar zum Markenrecht; Heidelberg 2002
- Seydel, Helmut, Einzelfragen der Urteilsveröffentlichung, GRUR 1965, 650 (652)
- Sieber, Ulrich, Europäische Einigung und Strafrecht, ZStW 103 (1991), 957
- Starck, Joachim, Markenmäßiger Gebrauch – besondere Voraussetzungen für die Annahme einer Markenverletzung, GRUR 1996, 688 ff.
- Starck, Joachim, zur mittelbaren Verletzung von Kennzeichenrechten, Festschrift für Henning Piper, hrsg. Von Willi Erdmann, München 1996, S. 627 - 637
- Strafverfolgungsstatistiken 2001 und 2002, herausgegeben vom Statistischen Bundesamt, Wiesbaden.
- Ströbele, Paul / Hacker, Franz, Kommentar zum Markengesetz, 7. Auflage, München 2003. (zit: Ströbele-Hacker-Bearbeiter, MarkenG)
- Teplitzky, Otto, Verwechslungsgefahr und Warenähnlichkeit im neuen Markenrecht, GRUR 1996, 1
- Tiedemann, Klaus; Europäisches Gemeinschaftsrecht und Strafrecht, NJW 1993, 23
- Tiedemann, Klaus, Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht im Rahmen der Europäischen Union, Festschrift für Miyazawa, S. 673 ff., Baden-Baden 1995
- Tilmann, Winfried, Der Schutz gegen Produktpiraterie nach dem Gesetz von 1990, in: Hilt, Meinhard (Hrsg)/ Beier, Karl Friedrich, Der Schutz des geistigen Eigentums in Europa, Schriftenreihe des Arbeitskreises Europäische Integration, Baden-Baden 1991
- Tilmann, Winfried, Das neue Produktpirateriegesetz, Vortrag des Arbeitskreises Mannheim der GRUR e.V., GRUR 1990, 996 (997).
- Tilmann, Winfried, Grundlage und Reichweite des Handelnamensrechts, GRUR 1981, 621 – 630
- Tilmann, Winfried, Irreführende Werbeangaben und täuschende Werbung, GRUR 1975, 544
- Tröndle, Herbert / Fischer, Thomas, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 52. Auflage, München 2004 (zit: Tröndle/Fischer, StGB)
- Ueber, Thomas, Rechtsschutz bei Missbrauch von Internet-Domains, WRP 1997, 497
- Ullmann, Eike, Der Schutz der Angabe zur geographischen Herkunft – wohin? die geographische Herkunftsangabe im Wettbewerbsrecht und im Markenrecht, GRUR 1999, 666
- Vogel, Martin, Zur Auswirkung des Vertrages über die Herstellung der Einheit Deutschlands auf die Verfahren vor dem Deutschen Patentamt und dem Bundespatentgericht., GRUR 1991, 83 (zit.: Vogel, Auswirkung des Vertrages über die Herstellung der Einheit Deutschlands)
- Wabnitz, Heinz-Bernd / Janovsky, Thomas, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 2. Auflage, München 2004
- Wadle, Elmar, Entwicklungslinien des deutschen Markenschutzes im 19. Jahrhundert, GRUR 1979, 383 (zit: Wadle, Entwicklungslinien)
- Wadle, Elmar, Fabrikzeichenschutz und Markenrecht, 1. Teil: Entfaltung, Berlin 1977
- Weber, Ulrich, Die Bekämpfung der Videopiraterie mit den Mitteln des Strafrechts, in: Wesen und Bekämpfung der Videopiraterie, Schriftenreihe des Instituts für Rundfunkrecht an der Universität Köln, Hrsg. V. H. Brack, H. Hübner, D. Oehler, K. Stern, Bd. 59, 1993, S. 51 – 69
- Weber, Ulrich, Der strafrechtliche Schutz des Urheberrechts, Tübingen 1976.
- Weberndörfer, Die maßgebliche Bedeutung des gerechtfertigten Schutzzumfangs der älteren Marke für die Ausfüllung des Abgrenzungskriteriums „Verwechslungsgefahr“, Markenrecht 2001, 439 (zit: Weberndörfer, Bedeutung des Schutzzumfangs)
- Wessels, Johannes / Beulke, Werner, Strafrecht Allgemeiner Teil, 32. Auflage, Heidelberg 2003.
- Will, Stefanie, Der Markenschutz nach § 14 MarkenG, Diss. Baden-Baden 1996
- Winter, Franz, Die internationale Markenpiraterie, ein Prüfstein unseres Rechts gegen den Missbrauch des freien Warenverkehrs, GRUR 1981, 782 – 788
- Wölfel, Helmut, Rechtsfolgen von Markenverletzungen und Maßnahmen zur Bekämpfung der Markenpiraterie, Diss. München 1989
- Wölker, Ulrich, Der strafrechtliche Schutz der Geisteswerke, I. Teil: zus. mit Lampe, Ernst-Joachim; Archiv für Urheber-, Film, Funk und Theaterrecht (UFITA), Bd. 76, 141 ff.;
- Zipfel, Erich, Verkehrsauffassung und Verbrauchererwartung, ihre zentrale Bedeutung im Lebensmittelrecht und ihre Feststellung, ZLR 1974, 280 (307)

Vorsätzliche Markenverletzungen, oftmals in Gestalt sog. Produkt- und Markenpiraterie, haben in den letzten Jahren immens zugenommen. Die wirksame rechtliche Verteidigung gewerblicher Schutzrechte auch mit strafrechtlichen Mitteln gewinnt in diesem Zusammenhang immer mehr praktische Relevanz.

In der vorliegenden Arbeit werden die kennzeichenstrafrechtlichen Regelungen – auch im Lichte des im Strafrecht geltenden Bestimmtheitsgrundsatzes – eingehend erläutert. Zur Überprüfung der tatsächlichen Anwendung der Straftatbestände in der Rechtspraxis stellt der Verfasser des Weiteren die Ergebnisse einer eigenen Umfrage bei allen deutschen Staatsanwaltschaften vor. Damit die deutschen Vorschriften in einen internationalen Kontext eingeordnet werden können, wird abschließend das Markenstrafrecht in den EU-Mitgliedsstaaten dargestellt und es wird ein Vorschlag für eine künftige Gestaltung der §§ 143 ff. MarkenG unterbreitet.

Wolfgang W. Göpfert ist Rechtsanwalt und seit 1998 auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes tätig. Er lebt und arbeitet in Heidelberg als Partner einer seit 1929 bestehenden Patent- und Rechtsanwaltssozietät.