

Zur Reform des einstweiligen Rechtsschutzes im geistigen Eigentum Chinas

Peter Ganea¹

Abstract

Der einstweilige Rechtsschutz des geistigen Eigentums, also insbesondere Anordnungen zur Unterlassung von Verletzungshandlungen, außerdem die Beweissicherung und die Sicherung von Vermögen, ist zwar im chinesischen Zivilprozessrecht wie auch in Spezialvorschriften umfassend geregelt, wird aber selten in Anspruch genommen. Der Beitrag beleuchtet neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung, die auf einen erleichterten Zugang zu diesem Schutzinstrument hoffen lassen.

I. Einführung

Chinas Volksgerichte müssen erhebliche jährliche Zuwächse an Immaterialgüterrechtsstreitigkeiten bewältigen. 2016 betrug der Anstieg an neu angenommenen oder in nächster Instanz neu verhandelten Zivil-, Verwaltungs- und Strafsachen gegenüber dem Vorjahr 19,07% (insgesamt 177.705 Klagen).² Umso mehr verwundert, dass der einstweilige Rechtsschutz bislang ein Schattendasein fristet. Dabei sind Maßnahmen zur Einstellung von Verletzungshandlungen, zur Sicherung von Vermögen und zur Sicherung von Beweisen, die schon vor der Einleitung des Hauptsacheverfahrens bei Gericht beantragt werden können, weltweit ein beliebtes Instrument der Durchsetzung des geistigen Eigentums. Die vorzeitige Einstellung von Verletzungshandlungen hilft irreparable Verluste auf Seiten des Rechtsinhabers zu vermeiden, ebenso das Sicherstellen von Vermögen zur Absicherung späterer Schadensersatzforderungen. Eine weitere Maßnahme des einstweiligen Rechtsschutzes, die Beweissicherung, ermöglicht vielfach dem Rechtsinhaber überhaupt den Klageerfolg, indem sie den Antragsgegner daran hindert, beweisdienliche Unterlagen und Gegenstände, die sich unter seiner Kontrolle befinden, zu vernichten oder beiseitezuschaffen. Bei ihr kommt es in besonderer Weise auf den Überraschungseffekt an, daher erfolgt sie häufig ohne Anhörung des Antragsgegners. Zugleich sind aber auch die Interessen womöglich unschuldiger Antragsgegner zu wahren. Daher müssen Antragsteller ihr Schutzinteresse dem Gericht glaubhaft machen, außerdem verlangen Gerichte häufig die Hinterlegung einer Sicherheit, wenn sie nicht gar wie

in China gesetzlich vorgeschrieben ist, aus der der Antragsgegner im Falle eines Antrags, der sich später als unbegründet herausstellt, für Verluste beispielsweise aus Produktionsausfällen entschädigt werden kann. Auch ist der einstweilige Rechtsschutz vielfach, so auch in China, einem strengen Fristenregime unterworfen. Es bindet sowohl Gerichte, die rasch über die Begründetheit eines Antrags befinden sollen, aber auch Antragsteller, die im Falle einer vorprozessualen Maßnahme rasch das Hauptsacheverfahren einzuleiten haben.

Wie nachfolgend ausgeführt, ist der chinesische einstweilige Rechtsschutz umfassend geregelt, dennoch wird er vergleichsweise selten in Anspruch genommen. Bis 2013 – danach wurden keine Zahlen mehr veröffentlicht – verzeichneten die offiziellen Berichte des Obersten Volksgerichts zum gerichtlichen Schutz des geistigen Eigentums nur wenige Maßnahmen pro Jahr, wobei allerdings nur der vorprozessuale (诉前) einstweilige Rechtsschutz erfasst wurde. Wie noch auszuführen sein wird, beschränken sich auch die derzeit in Kraft befindlichen Gesetze über das geistige Eigentum auf die Sonderregelung des einstweiligen Rechtsschutzes vor Prozessbeginn, wohingegen die allgemeinen zivilprozessualen Vorschriften einstweilige Maßnahmen auch während des Streitverfahrens umfassen. 2013 wurden demnach 11 Anträge auf Anordnung der Einstellung von Verletzungshandlungen, 173 Anträge auf Beweissicherung und 47 Anträge auf Vermögenssicherung vor Prozessbeginn eingereicht.³ Zwar führt der Bericht von 2013 weiter aus, dass fast allen Anträgen stattgegeben wurde, was auf den ersten Blick eine gewisse Aufgeschlossenheit der Justiz gegenüber dem einstweiligen Rechtsschutz vermuten lässt, allerdings sind darin nicht jene Anträge erfasst, die Rechtsinhaber beispielsweise wegen ernüchternder richterlicher Hinweise auf die Erfolgsaussichten von sich aus zurückgezogen haben.

Ausländischen Rechtsinhabern zufolge werden einstweilige Maßnahmen tatsächlich nur sehr zö-

¹ Dr. phil., Vizedirektor des Chinesisch-Deutschen Instituts für Internationales Wirtschaftsrecht an der juristischen Fakultät der Tongji-Universität Shanghai.

² Siehe Bericht des Obersten Volksgerichts über den gerichtlichen Schutz des Geistigen Eigentums 2016 <<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-42362.html>> (zuletzt eingesehen am 2.2.2018); darunter laut dem Weißbuch „2016 Intellectual Property Rights Protection in China“ des Staatsamts für Geistiges Eigentum 136.534 Zivilstreitigkeiten, eine Steigerung gegenüber dem Vorjahr um 24,82% <http://english.sipo.gov.cn/laws/whitepapers/201709/t20170901_1318264.html> (zuletzt eingesehen am 2.2.2018), S. 8.

³ 中国法院知识产权司法保护状况 (2013 年) <http://zscq.court.gov.cn/bhcg/201404/t20140425_195314.html> (zuletzt eingesehen am 2.2.2018).

gerlich gewährt. Beklagt werden insbesondere die strengen Anforderungen an die Belege über den Rechtsbestand des Schutzrechts, die Verletzungswahrscheinlichkeit, die Dringlichkeit und dergleichen, die Antragsteller vorlegen müssen, um das Gericht von der Notwendigkeit einer einstweiligen Maßnahme zu überzeugen. Bei Anträgen auf Beweissicherung sollen Richter sogar ausgerechnet jene Belege eingefordert haben, die durch die beantragten Maßnahmen überhaupt erst zu erlangen gewesen wären.⁴

Vor einer weitergehenden Untersuchung möglicher Ursachen für die geringe Beliebtheit des einstweiligen Rechtsschutzes soll zunächst ein kurzer Überblick über das derzeitige einschlägige Regelwerk gegeben werden.

II. Das derzeitige Regelwerk zum einstweiligen Rechtsschutz

1. Die einschlägigen Vorschriften

Das derzeit auf einstweilige Maßnahmen anzuwendende Regelwerk auszumachen ist nicht ganz einfach. Allgemeinere, im Hinblick auf Schutzgegenstände unbestimmte Vorschriften sind im Zivilprozessgesetz (ZPG) von 1991 in der Fassung von 2017⁵ enthalten. Zugleich regeln das Patentgesetz (PatG, zuletzt geändert 2008),⁶ das Urheberrechtsgesetz (UrhG, zuletzt geändert 2010)⁷ und das Markengesetz (MarkenG, zuletzt geändert 2013)⁸ den immaterialgüterrechtsspezifischen einstweiligen Rechtsschutz, der aber, wie erwähnt, auf vorprozessuale Maßnahmen beschränkt ist. Auch weichen die älteren Bestimmungen des PatG und des UrhG in einigen weiteren Punkten, insbesondere hinsichtlich der Frist, bis zu deren Ablauf das Hauptsacheverfahren einzuleiten ist, vom ZPG ab, da sie noch nach Maßgabe des alten ZPG in der Fassung von 1991 ausgestaltet sind. Das neue MarkenG regelt demgegen-

über in § 65 zur Einstellung von Rechtsverletzungen und zur Vermögenssicherung sowie in § 66 zur Beweissicherung nur noch allgemein, dass Anträge auf einstweilige Maßnahmen „nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften“ zu stellen sind.

Die einschlägigen prozessualen Vorschriften in Bezug auf alle Arten von Zivilstreitigkeiten sind in § 81 über die Beweissicherung und im 9. Abschnitt (§§ 100–108) über „Sicherung und Vorwegvollstreckung“ des ZPG enthalten. Nach § 81 Abs. 1 ZPG kann die Beweissicherung während des Verfahrens beantragt oder vom Gericht von Amts wegen verfügt, bei Vorliegen dringender Umstände gemäß § 81 Abs. 2 auch schon vor Klageerhebung beantragt werden. Ebenso unterscheidet das ZPG zwischen „Sicherungsmaßnahmen“, die während des Verfahrens beantragt oder von Amts wegen vom Gericht verfügt werden können (§ 100) und Sicherungsmaßnahmen, die vor Klageerhebung beantragt werden können (§ 101). Dass der Begriff „Sicherungsmaßnahmen“ nicht nur die Sicherung von Vermögen umfasst, sondern auch die Anordnung zum Handeln oder Unterlassen, beispielsweise zur Einstellung einer Verletzungshandlung, wird in § 100 klargestellt.

Neben den Hauptgesetzen sind in China für alle Arten von Rechtsfragen, so auch für das geistige Eigentum, flankierende behördliche und sogar gerichtliche Nebenvorschriften von großer Bedeutung. Für den einstweiligen Rechtsschutz sind insbesondere die „Justizauslegungen“ des Obersten Volksgerichts maßgeblich, die allen Volksgerichten verbindlich vorschreiben, wie sie die eher allgemein gehaltenen Gesetzesvorschriften zu verstehen und anzuwenden haben.⁹ Daneben enthalten auch noch Verwaltungsvorschriften des Staatsrates und untergeordneter Fachbehörden Vorschriften über den Schutz des geistigen Eigentums. Diese regeln aber vor allem die sogenannte administrative Rechtsdurchsetzung, auf die in anderem Zusammenhang noch genauer eingegangen wird, nicht den einstweiligen Rechtsschutz, der in China wie in den meisten Ländern eine rein gerichtliche Angelegenheit ist.

Vorschriften über einstweilige Maßnahmen in allen Bereichen des Zivilrechts enthält zunächst die Justizauslegung betreffend das Zivilprozessgesetz der Volksrepublik China vom 18.12.2014, insbesondere die §§ 152–173 zur Sicherung und Vorwegvollstreckung.¹⁰ Sie befassen sich überwiegend mit Einzelheiten des Verfahrens zur Sicherung oder zum Einfrieren von Vermögen, in geringerem Umfang mit Anordnungen zum Handeln oder Unterlassen. Zudem sollten die Vorschriften über Sicherungsmaßnahmen auch auf die

⁴ Laut einem Bericht des US Patent and Trademark Office, der zwischenzeitlich wohl vom Netz genommen wurde, obwohl er hier noch angekündigt wird: <<https://www.uspto.gov/learning-and-resources/ip-policy/enforcement/report-patent-enforcement-china>> (zuletzt eingesehen am 2.2.2018).

⁵ 中华人民共和国民事诉讼法 <http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2017-06/29/content_2024892.htm> (zuletzt eingesehen am 2.2.2018), deutsche Übersetzung der umfassenden Neuregelung von 2012 von Caspar Heinrichowski/Knut Benjamin Piffler, Zivilprozessgesetz der Volksrepublik China (Revision 2012), in: ZChinR 2012, S. 307 ff.; § 81 über Beweissicherungsmaßnahmen und Abschnitt 9 (§§ 100–108) über „Sicherung und Vorwegvollstreckung“

⁶ 中华人民共和国专利法 <http://www.sipo.gov.cn/zcfg/flfg/zl/fl/201509/t20150902_1169595.html> (zuletzt eingesehen am 2.2.2018); englische Übersetzung: <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=178664> (zuletzt eingesehen am 2.2.2018); § 66 zur Einstellungsanordnung und § 67 zur Beweissicherung.

⁷ 中华人民共和国著作权法 <http://www.gov.cn/flfg/2010-02/26/content_1544458.htm> (zuletzt eingesehen am 2.2.2018); englische Übersetzung: <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=186569> (zuletzt eingesehen am 2.2.2018); § 50 zur Einstellungsanordnung und § 51 zur Beweissicherung.

⁸ 中华人民共和国商标法, <http://www.gov.cn/jrzg/2013-08/30/content_2478110.htm> (zuletzt eingesehen am 2.2.2018); englische Übersetzung: <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=341321> (zuletzt eingesehen am 2.2.2018); § 65 zur Einstellungsanordnung und § 66 zur Beweissicherung.

⁹ Nach § 104 des Gesetzgebungsgesetzes i. d. F. v. 2015 ist das Oberste Volksgericht befugt, verbindliche Auslegungen zu bestimmten Rechtsfragen zu erlassen; grundlegend dazu Björn Ahl, Die Justizauslegung durch das Oberste Volksgericht der VR China – Eine Analyse der neuen Bestimmungen des Jahres 2007, ZChinR 3/2007, S. 251 ff.

¹⁰ 最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释, <<http://gongbao.court.gov.cn/Details/63ff48da6a9792f8ad1cb65a8b99d1.html>> (zuletzt eingesehen am 2.2.2018).

Beweissicherung anwendbar sein, in Analogie zu § 81 Abs. 3 ZPG, der vorschreibt, dass sich das Beweissicherungsverfahren nach den Vorschriften über die Sicherungsmaßnahmen in den §§ 100 ff. ZPG zu richten hat. Für die nachfolgenden Ausführungen zum immaterialgüterrechtlichen einstweiligen Rechtsschutz enthält die Justizauslegung zum ZPG freilich wenig Relevantes, daher sei sie hier nur der Vollständigkeit halber erwähnt.

Eigens für das Immaterialgüterrecht sind die „Bestimmungen zu Fragen der Rechtsanwendung auf die vorprozessuale Einstellung von Patentverletzungen“ vom 7. Juni 2001 (nachfolgend „Patentauslegung“)¹¹ und die „Auslegung zu Fragen der Rechtsanwendung auf die vorprozessuale Einstellung von Verletzungen des ausschließlichen Rechts an der eingetragenen Marke und auf Beweissicherungsmaßnahmen“ vom 25. Dezember 2001 (nachfolgend „Markenauslegung“)¹² maßgeblich. Letztere ist laut § 30 Abs. 2 einer weiteren Justizauslegung zu einigen Fragen der Rechtsanwendung auf urheberrechtliche Zivilstreitigkeiten“ vom 12. Dezember 2002,¹³ auch auf Urheberrechtsverletzungen anzuwenden. Die genannten Auslegungen sind schon recht alt und widersprechen ebenso wie das PatG und das UrhG in einigen Punkten dem geltenden ZPG. Der Hauptwiderspruch betrifft, wie erwähnt, die Frist ab Durchführung einer vorprozessualen einstweiligen Maßnahme, innerhalb derer der Antragsteller das Hauptsacheverfahren einzuleiten hat. Nach den älteren Vorschriften¹⁴ beträgt sie 15 Tage, nach § 101 Abs. 3 ZPG über die vorprozessuale Sicherungsmaßnahme, der laut § 81 Abs. 3 ZPG auch auf Beweissicherungsmaßnahmen anzuwenden ist, großzügigere und auch mit Art. 50 Abs. 6 des TRIPS-Übereinkommens im Einklang befindliche 30 Tage. In der Praxis hat die Rechtsprechung diesen Widerspruch freilich schon aufgelöst, und zwar indem sie die älteren Vorschriften außer Acht lässt und sich auch in Patent- und Urheberrechtsfällen nur noch auf das neue ZPG stützt. Die Gerichte sind somit der Erwartung mancher Kommentatoren kurz nach der Neuregelung des ZPG nicht gefolgt, wonach dessen Vorschriften über einstweilige Maßnahmen nur auf Schutzgegenstände wie Unternehmensgeheimnisse oder Pflanzensorten angewendet

würden, deren einstweiliger Rechtsschutz nicht spezialgesetzlich geregelt ist, auf das Patent- und Urheberrecht hingegen weiterhin die älteren Spezialregelungen.¹⁵ Die einschlägigen Entscheidungen, auf die noch einzugehen sein wird, stammen fast ausschließlich von den 2014 in Peking, Shanghai und Guangzhou eingerichteten Gerichten für Geistiges Eigentum, die, in der Instanzenhierarchie auf Ebene der Mittleren Volksgerichte angesiedelt, für eine Vereinheitlichung der landesweiten Rechtsprechung insbesondere in technisch anspruchsvollen Streitfällen sorgen sollen.¹⁶

Umfassende Änderungen des Patent- und Urheberrechtsgesetzes sind derzeit im Gange, so dass das verwirrende Nebeneinander von einander widersprechenden älteren und neueren Vorschriften bald der Vergangenheit angehören wird. Zugleich arbeitet das Oberste Volksgericht an einer neuen Justizauslegung betreffend einige Fragen der Anwendung der Gesetze auf die Prüfung von Sicherungsmaßnahmen betreffend Handlungen bei Streitigkeiten, die das geistige Eigentum und das Lauterkeitsrecht zum Gegenstand haben. Ein erster Entwurf wurde am 26.2.2015 zur öffentlichen Diskussion ins Netz gestellt (nachfolgend „Entwurf“).¹⁷ Er ist, wie schon aus dem Titel hervorgeht, auf Anordnungen beschränkt, die „Handlungen“, beziehungsweise deren Unterlassung oder Vornahme, zum Gegenstand haben. Beweissicherung und das Einfrieren von Vermögen, die dem Antragsgegner nicht so sehr Handeln oder Unterlassen, sondern eher Dulden abfordern, bleiben darin unregelt, wie auch aus § 19 des Entwurfs deutlich wird, wonach gleichzeitig eingereichte Anträge auf Beweis- und Vermögenssicherung separat nach Maßgabe des ZPG und weiterer einschlägiger höchstrichterlicher Auslegungen zu prüfen seien.¹⁸

Weitere ausführliche, wenn auch nicht immaterialgüterrechtsspezifische Vorschriften insbesondere über den Verfahrensablauf bei der Sicherung oder beim Einfrieren von Vermögen enthält die angesprochene Justizauslegung zum ZPG in den §§ 152–168, so beispielsweise in § 153, wie das Gericht bei der Sicherung von saisonalen, verderblichen oder anderweitig schwer aufzubewahrenden Erzeugnissen zu verfahren hat, oder dass das Gericht den Gegenstand der Sicherungsmaßnahme durch einen vom Antragsgegner

¹¹ 最高人民法院关于对诉前停止侵犯专利权行为适用法律问题的若干规定, Amtsblatt des Obersten Volksgerichts 2001 Nr. 4, S. 128; englische Übersetzung: <<http://www.cpahktd.com/EN/info.aspx?n=20100317113416327394>> (zuletzt eingesehen am 2.2.2018).

¹² 最高人民法院关于诉前停止侵犯注册商标专用权行为和保全证据适用法律问题的解释, Amtsblatt des Obersten Volksgerichts 2002, S. 37 ff.; englische Übersetzung: <<http://www.xzslw.com/en/intellectual-property/regulation/2010-08-27/171.html>> (zuletzt eingesehen am 2.2.2018).

¹³ 最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释, Amtsblatt des Obersten Volksgerichts 2002, S. 60 ff.; englische Übersetzung: <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=181509> (zuletzt eingesehen am 2.2.2018).

¹⁴ Zum Patentrecht: § 66 Abs. 4 PatG in Verb. mit § 12 der Patentauslegung zur vorprozessualen Unterlassungsanordnung, § 67 Abs. 4 PatG zur Beweissicherung; zum Urheberrecht: § 50 Abs. 2 UrhG zur Unterlassungsanordnung (mit Verweis auf § 93 des ZPG a. F.), § 51 Abs. 4 UrhG zur Beweissicherung und § 12 der auch auf Urheberrechtsstreitigkeiten anzuwendenden Markenauslegung.

¹⁵ So ZHANG Guangliang, Impact of New Chinese Civil Procedure Law on Interim Measures on IP Civil Procedures Litigation, in: China Patents & Trademarks 2013, Nr. 1, S. 8 ff.

¹⁶ Einen umfassenden Überblick gewährt Duncan Matthews, Intellectual Property Courts in China, in: Spyros Maniatis/Ioannis Kokkoris/WANG Xiaoye (Hrsg.), Competition Law and Intellectual Property in China and the ASEAN, Oxford University Press, 2017, im Erscheinen; vorab erhältlich als Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 254/2017, <<https://ssrn.com/abstract=2917154>> (zuletzt eingesehen am 2.2.2018).

¹⁷ 最高人民法院关于审查知识产权与竞争纠纷行为保全案件适用法律若干问题的解释(征求意见稿) <<http://www.court.gov.cn/zixunxiangqing-13517.html>> (zuletzt eingesehen am 2.2.2018).

¹⁸ Ob derzeit Parallelregelungen zur immaterialgüterrechtlichen Beweis- und Vermögenssicherung in Arbeit sind, konnte nicht ermittelt werden.

angebotenen gleichwertigen Vermögensgegenstand ersetzen kann (§ 167).

Schließlich geht der Regelungsumfang des Entwurfs in zweierlei Hinsicht über die spezialgesetzlichen Vorschriften des PatG, UrhG und MarkenG wie auch der beiden alten Justizauslegungen zum PatG und zum MarkenG hinaus: zum einen erstreckt er sich auf das gesamte geistige Eigentum, also auch auf die von den derzeit geltenden Auslegungen nicht erfassten Gebiete wie die genannten Pflanzensorten, Geschäftsgeheimnisse und dergleichen.¹⁹

Zum anderen ist er wie das ZPG und dessen Justizauslegung nicht auf vorprozessuale Maßnahmen beschränkt. So regelt § 1 des Entwurfs, dass einstweilige Maßnahmen beim Volksgericht „bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung oder einem rechtskräftigen Schiedsurteil“ beantragt werden können, also sowohl vor als auch nach der Klageerhebung. Die neue Auslegung wäre somit, wenn sie erst einmal in Kraft getreten ist, die erste immaterialgüterrechtliche Vorschrift, die klarstellt, dass auch im geistigen Eigentum einstweilige Maßnahmen während des Verfahrens beantragt werden können. Dies sollte zwar nach den angesprochenen allgemeinen zivilprozessualen Vorschriften auch heute schon möglich sein, allerdings war diese Frage bis zuletzt umstritten.²⁰

2. Fristen

Derzeit sollten zumindest jene älteren immaterialgüterrechtlichen Vorschriften weiterhin Geltung haben, die mit dem ZPG von 2012 in Einklang stehen. Was Fristen angeht, regeln sie neben der besprochenen, durch die Rechtsprechung weitgehend außer Kraft gesetzten 15-Tage-Frist eine auch im neuen ZPG in § 100 Abs. 3 zu Sicherungsmaßnahmen während des Verfahrens (hier freilich nur bei Dringlichkeit) sowie in § 101 Abs. 2 zu vorprozessualen Maßnahmen enthaltene, laut § 81 Abs. 3 ZPG auch auf die Beweissicherung anzuwendende 48-Stunden-Frist,²¹ in der das Gericht über die beantragte Maßnahme zu entscheiden hat (im Falle einer positiven Entscheidung hat es die Maßnahme sodann „unverzüglich“ zu ergreifen), sowie nach § 10 der Patentauslegung und § 10 der Markenauslegung eine 10-Tage-Frist ab der Gewährung einer einstweiligen Maßnahme, innerhalb derer der Antragsgegner substantiierten Widerspruch einlegen kann.

¹⁹ Der Entwurf enthält eine Reihe von weiteren Regeln, beispielsweise über die Zuständigkeit des mit dem Hauptsacheverfahren befassten Gerichts für die weitere Durchführung einer vorprozessualen Anordnung, wenn diese bei einem anderen Gericht beantragt worden ist, auf die nachfolgend nicht im Einzelnen eingegangen werden kann.

²⁰ Oliver Pfaffenzeller, Patent Infringement Procedures and Remedies, in: Stefan Luginbuehl/Peter Ganea (Hrsg.), Patent Law in Greater China, Edward Elgar 2014, S. 209 ff. (240, 244).

²¹ Zum Patentrecht: § 66 Abs. 3 PatG in Verb. mit § 9 Patentauslegung zur Unterlassungsanordnung, § 67 Abs. 3 PatG zur Beweissicherung; zum Urheberrecht: § 50 Abs. 2 UrhG zur Unterlassung mit Verweis auf § 93 Abs. 2 des ZPG a. F., § 51 Abs. 2 UrhG zur Beweissicherung, § 9 Abs. 1 der auch auf Urheberrechtsstreitigkeiten anzuwendenden Markenauslegung.

§ 4 des angesprochenen Entwurfs einer zukünftigen Auslegung würde mit Blick auf vorprozessuale wie auch prozessuale Maßnahmen ein flexibleres Fristenregime vorsehen, wonach Gerichte nur noch „rechtzeitig“ über Anträge entscheiden sollen. Eine alternativ vorgeschlagene Regelungsvariante will den Gerichten gar eine Frist von 30 Tagen einräumen, sofern Dringlichkeitserwägungen nicht für unverzügliche Maßnahmenergreifung sprechen. Sodann sollen gem. § 13 nach einer Entscheidung beide Parteien Gelegenheit erhalten, innerhalb von fünf Tagen ihre Überprüfung zu beantragen, die das Gericht innerhalb von zehn Tagen vorzunehmen hat. Ein erweiterter Regelungsvorschlag sieht zudem vor, dass die Überprüfung durch einen neu zusammengesetzten Spruchkörper vorgenommen werden soll.

3. Vom Antragsteller einzureichende Belege

Wie erwähnt, sind die Gerichte hinsichtlich der vom Antragsteller beizubringenden Belege derzeit ausgesprochen anspruchsvoll, was freilich aus dem Wortlaut der beiden Auslegungen zum vorprozessualen Rechtsschutz von 2001 noch nicht hervorgeht. Sie regeln zunächst nur, dass Antragsteller ihre Rechtsinhaberschaft, wenn es sich dabei um Lizenzinhaber handelt, ihre ausschließliche Lizenzinhaberschaft belegen müssen (§ 1 Abs. 2 der Patentauslegung, § 1 Abs. 2 der Markenauslegung). Im Falle von bedingt ausschließlichen Lizenzen, die nicht auch den Rechtsinhaber von der lizenzgemäßen Nutzung ausschließen, muss überdies der Verzicht des Rechtsinhabers auf eigenes Vorgehen nachgewiesen werden. Inhabern von einfachen Lizenzen bleibt der einstweilige Rechtsschutz bislang verwehrt, § 1 des Diskussionsentwurfs sieht allerdings vor, dass auch solche Lizenznehmer künftig einstweilige Maßnahmen beantragen dürfen, sofern sie dazu vom Rechtsinhaber ausdrücklich bevollmächtigt worden sind.

Zudem ist nach der gegenwärtigen Regelungslage der Umfang der beantragten Maßnahme konkret zu benennen (§ 3 der Patentauslegung, § 3 der Markenauslegung). Des Weiteren ist ihre Dringlichkeit beziehungsweise Eilbedürftigkeit nachzuweisen. § 4 Abs. 1 der Patentauslegung verlangt überdies Belege über den Rechtsbestand des Patents und bei Anträgen, die ohne Sachprüfung erteilte Gebrauchsmuster betreffen, einen vom Staatsamt für Geistiges Eigentum (SIPO) anzufertigenden Recherchenbericht²² über die Schutzzfähigkeit des Musters. Der Diskussionsentwurf regelt in § 7 demgegenüber nur noch allgemein in Bezug auf alle Arten von Schutzrechten, dass das Gericht den Rechtsbestand des in Frage stehenden Schutzrechts zu berücksichtigen hat. Demnach sollen die Gerichte nicht mehr ausdrücklich verpflichtet sein, bei Gebrauchs-

²² Seit der Änderung von 2008 „Evaluationsbericht“ (评价报告), der sich vom früheren Recherchenbericht (检索报告) unter anderem dadurch unterscheidet, dass er nur noch vom Rechtsinhaber oder interessierten Parteien, aber nicht mehr von jedermann beim Staatsamt für Geistiges Eigentum angefordert werden kann.

mustern vom Antragsteller die Vorlage eines solchen Berichts zu verlangen. Dies stünde zwar mit der Gesetzeslage im Einklang, da die Gerichte nach § 61 Abs. 2 PatG den Bericht im Falle von Gebrauchsmustern wie auch Geschmacksmusterklagen lediglich einfordern können, verwundert aber angesichts zahlreicher Berichte über rechtsmissbräuchliche Anträge betreffend wertlose Muster bis in die jüngste Zeit hinein.²³ Überhaupt geht der Diskussionsentwurf an keiner Stelle auf die Besonderheiten einzelner Schutzrechtsarten ein.

4. Sicherheitsleistung

Bei Anträgen auf Maßnahmen zur Einstellung von Verletzungshandlungen und zur Vermögenssicherung ist in China regelmäßig eine Sicherheitsleistung zu hinterlegen, deren Höhe das Gericht gemäß § 6 Abs. 3 der Patentauslegung und § 6 Abs. 5 der Markenauslegung unter anderem nach den Kosten für Produktionsausfälle seitens des Antragsgegners, Lagerungskosten und dergleichen zu bestimmen hat. Das Gericht kann sie nachträglich anheben, wenn es zu der Annahme gelangt, dass der mögliche Schaden auf Seiten des Antragsgegners höher ausfällt als ursprünglich erwartet (§ 7 Patentauslegung, § 7 Markenauslegung). Der Diskussionsentwurf stellt in § 10 klar, dass es nicht Aufgabe der Gerichte sein soll, eine unzureichende Sicherheitsleistung zu erkennen, sondern dass es dem Antragsgegner obliegt, dies nachzuweisen. Leistet der Antragsteller einer Aufforderung zur Aufstockung nicht Folge, so § 10 des Entwurfs weiter, soll die Maßnahme fortan nicht mehr in jedem Fall gänzlich aufgehoben, sondern, wo möglich, lediglich abgemildert werden.

§ 9 des Diskussionsentwurfs zufolge soll zudem die Sicherheit weiterhin in jedem Fall hinterlegt werden. Die Gerichte sollen also auch in Zukunft nicht darüber befinden können, ob überhaupt eine Sicherheitsleistung erforderlich ist, beispielsweise weil die Begründetheit des Antrags klar auf der Hand liegt. Weiterhin stellt § 9 Abs. 3 des Entwurfs klar, dass ihre Höhe zur Bestimmung der Entschädigung des Antragsgegners im Falle eines unbegründeten Antrags herangezogen werden, dass aber die Entschädigung im Falle von „böswilligen“, also wohl rechtsmissbräuchlichen Anträgen durchaus deutlich höher ausfallen kann. Schließlich soll gemäß § 11 im Gegensatz zur bisherigen Praxis der Antragsgegner Gelegenheit erhalten, unter bestimmten Umständen durch Hinterlegung einer Sicherheitsleistung seinerseits eine Aufhebung der einstweiligen Maßnahme zu bewirken, so beispielsweise wenn der Rechtsinhaber damit einverstanden ist, wenn das Ziel der Maßnahme auch mit Hilfe des hinterlegten Betrages erreicht werden kann oder wenn ein Fortdauern der Maßnahme eine unangemessene, irreparable Schädigung des Antragsgegners zur Folge haben könnte.

²³ Siehe Fn. 28.

Die Sicherheitsleistung kann laut der aktuellen Rechtsprechung auch in Form von Bankbürgschaften und dergleichen geleistet werden.²⁴

5. Maßnahmenergreifung ohne Anhörung des Antragsgegners

Gibt das Gericht einem Antrag statt, so gilt auch in China der unter anderem in Art. 50 (2) TRIPS geregelte Grundsatz, dass die Maßnahme ohne Anhörung des Antragsgegners durchgeführt werden kann, ansonsten liefern insbesondere Beweissicherungsmaßnahmen regelmäßig ins Leere. Zwar ist dieser Grundsatz bislang weder gesetzlich noch in den Auslegungsvorschriften wortwörtlich festgehalten, er ergibt sich aber dem Sinn nach aus einigen Vorschriften, zum Beispiel aus § 103 ZPG, wonach die Partei, deren Vermögen gesichert worden ist, darüber nachträglich zu unterrichten ist, oder aus § 9 Abs. 3 der alten Patentauslegung, wonach die Partei, gegen die sich die einstweilige Maßnahme richtet, unverzüglich, spätestens aber bis zum Ablauf von fünf Tagen über die Maßnahme zu unterrichten ist.

Der angesprochene Diskussionsentwurf würde demgegenüber in § 5 für das geistige Eigentum erstmals ausdrücklich regeln, dass bei Vereitelungsgefahr einstweilige Maßnahmen auch ohne Anhörung der Gegenpartei erlassen werden können, wobei dieser wie auch den „vollstreckungsunterstützenden Personen“, beispielsweise Banken, innerhalb von fünf Tagen ab Durchführung der Beschluss über die Maßnahme zuzustellen ist. An dieser Stelle werden übrigens auch vollstreckungsunterstützende Personen, also nicht notwendigerweise für die beanstandete Verletzung mitverantwortliche Dritte, die mit dem Antragsgegner gleichwohl geschäftlich verbunden sind, zum ersten Mal als mögliche Adressaten immaterialgüterrechtlicher einstweiliger Maßnahmen erwähnt.

III. Denkbare Ursachen für die geringe Inanspruchnahme einstweiliger Maßnahmen

1. Hohe Darlegungslast

Aus dem oben zusammengefassten, derzeit geltenden Regelwerk und erst recht aus dem Diskussionsentwurf ergeben sich, wie schon angedeutet, noch keine übertriebenen Hürden für Antragsteller. Auch dass auf jeden Fall, also unter anderem unabhängig davon, wie stichhaltig das Vorliegen einer Verletzung glaubhaft gemacht werden konnte, eine Sicherheitsleistung hinterlegt werden muss, ist keine chinesische Besonderheit, sondern laut einer Studie über einstweilige Maßnahmen in der EU in mehreren Mitgliedstaaten ebenfalls üblich.²⁵

²⁴ Beispielsweise laut der Entscheidung *Voice of China* vom 20.6.2016, 中国好声音, (2016)京73行保1号民事裁定 <<http://bbs.mysipo.com/thread-146144-1-1.html>> (zuletzt eingesehen am 2.2.2018).

²⁵ Und in manchen Mitgliedstaaten, anders als in China, mit zusätzlichen Problemen behaftet, wie beispielsweise unangemessen hohen Beträgen und bürokratischen Verzögerungen – siehe die Studie

Allerdings wird bislang in der Praxis, wie noch auszuführen sein wird, Antragstellern eine hohe Darlegungslast im Hinblick auf Belege über das Vorliegen einer Verletzung und die Wahrscheinlichkeit irreparablen Schadens auferlegt, außerdem müssen sie regelmäßig den Einwand entkräften, dass die begehrte Maßnahme geeignet sei, das öffentliche Interesse zu beeinträchtigen. Ursächlich für diese strengen Anforderungen mag die noch nicht vollständig überwundene Sorge um den „Missbrauch“ geistigen Eigentums sein, von der die Immaterialgüterrechtsdebatte des vergangenen Jahrzehnts bestimmt gewesen war. Damals hatten vor allem ausländische Unternehmen in der Kritik gestanden, durch missbräuchliche Praktiken Chinas wirtschaftliche Entwicklung zu hemmen.²⁶

Insbesondere die dritte Änderung des PatG von 2008 erfolgte unter dem Eindruck dieser Debatte,²⁷ und auch der einstweilige Rechtsschutz blieb davon nicht verschont. Tatsächlich häuften sich, nachdem ab 2000 zur Umsetzung von TRIPS erstmals immaterialgüterrechtsspezifische Vorschriften über den einstweiligen Rechtsschutz erlassen worden waren, unbegründete, zumeist auf zu Unrecht erteilte Schutzrechte, insbesondere auf sachlich ungeprüfte Gebrauchsmuster gestützte Anträge auf einstweilige Maßnahmen.²⁸ Das Oberste Volksgericht reagierte darauf zunächst 2003 mit einem Rundschreiben,²⁹ das in Bezug auf vorprozessuale Maßnahmen die Volksgerichte ermahnte, darauf zu achten, dass in Patentstreitfragen der Rechts-

bestand des Patents anhand eines für den Rechtsinhaber positiv ausgegangenen negativen Feststellungs- oder Nichtigkeitsverfahrens nachzuweisen sei.³⁰ Außerdem dürften nur bei wortsinngemäßer Patentverletzung einstweilige Maßnahmen überhaupt verhängt werden.³¹

In einer weiteren Stellungnahme von 2008³² forderte der Vizepräsident des Obersten Volksgerichts die Gerichte zu einer noch strengeren Prüfung von Anträgen auf Unterlassung von vermeintlichen Rechtsverletzungen auf, nunmehr in Bezug auf alle Arten des geistigen Eigentums und wiederum beschränkt auf vorprozessuale Maßnahmen:

[...] Die vorprozessuale Unterlassung ist nur dann anzuordnen, wenn der Sachverhalt vergleichsweise klar und die Rechtsverletzung leicht festzustellen ist, also wenn die Verletzungswahrscheinlichkeit so hoch ist, dass sie der Gewissheit über das Vorliegen einer Verletzung gleichkommt. Die Gerichte haben den Grad der Verletzungswahrscheinlichkeit mit angemessener Genauigkeit zu bestimmen. Was Marken- und Urheberrechtsstreitfälle angeht, insbesondere in leicht als Verletzung und vorsätzlich begangenen Verletzungsfällen erkennbaren Fälschungs- oder Pirateriefällen, sind einstweilige Maßnahmen ohne Zögern zu verhängen. Bei der Überlegung, ob dem Antragsteller ein nicht wiedergutzumachender Schaden droht, ist zu berücksichtigen, ob der Schaden nicht in Geld wiedergutmacht werden kann und welche Aussicht auf derartige Wiedergutmacht besteht. Kann in Geld wiedergutmacht werden oder ist die Wiedergutmacht in Geld bestimmbar, und besteht darüber hinaus realistische Aussicht auf solche Entschädigung, sollte in der Regel nicht von einem nicht wiedergutzumachenden Schaden ausgegangen werden. Die Sicherheitsleistung ist in angemessener Höhe und effizient zu bestimmen. Ihre Berechnung soll insbesondere den möglichen Schaden für den Antragsgegner nach Verhängung einer Maßnahme berücksichtigen, kann aber auch anhand des Schadensersatzes für den Antragsteller erfolgen. Vom Antragsgegner vorgebrachte Einwände hinsichtlich des öffentlichen Interesses sind streng zu prüfen. Sie sind in der Regel zu

„Injunctions in Intellectual Property Rights“ des European Observatory on Counterfeiting and Piracy, <http://ec.europa.eu/internal_market/ipenforcement/docs/injunctions_en.pdf> (zuletzt eingesehen am 2.2.2018), S. 6.

²⁶ Dazu Peter Ganea, China's Amended Legal Regime on Patents for Inventions and Utility Models, in: Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2010, Vol. 5, No. 9, S. 650 ff.

²⁷ Fn. 26.

²⁸ Das PatG regelt Patente, Gebrauchsmuster und Geschmacksmuster in einem Gesetz. Gebrauchs- und Geschmacksmuster werden nach einer bloßen Formalprüfung erteilt, sie eignen sich in besonderer Weise für die Eintragung wertloser Erfindungen und deren spätere missbräuchliche Geltendmachung. Auch die missbräuchliche Erlangung von sachgeprüften Patenten war zumindest bis zur Einführung weltweiter Neuheit als Schutzvoraussetzung durch die PatG-Änderung von 2008 vergleichsweise einfach möglich, da bis dahin nur weltweit veröffentlichte, aber nicht weltweit, sondern nur im Inland benutzte Erfindungen als dem Stand der Technik zugehörig und damit als neuheitsschädlich gegolten hatten. Der Missbrauch in Form der auf wertlose Gebrauchs- und Geschmacksmuster gestützten Anträge scheint übrigens einem Bericht der European Chamber of Commerce in China (EUCCC) zufolge nach wie vor aktuell zu sein, trotz der erwähnten Vorschrift in der Patentauslegung, wonach Anträgen betreffend Gebrauchs- und Geschmacksmustern ein Recherchenbericht des Patentamts über die Schutzfähigkeit beizufügen ist – siehe The European Chamber of Commerce in China, Intellectual Property Rights Working Group Position Paper 2016/2017 <http://www.eurochamber.com.cn/en/publications-archive/429/Intellectual_Property_Rights_Working_Group_Position_Paper_2016_2017> (Registrierung erforderlich; zuletzt eingesehen am 2.2.2018).

²⁹ 最高人民法院关于美国伊莱利利公司与常州华生制药有限公司专利侵权纠纷案件指定管辖的通知 (2003) 民三他字第 9 号 <http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?gid=109306> (zuletzt eingesehen am 2.2.2018); es bezog sich konkret auf den Fall *Eli Lilly vs. Changzhou Huasheng*, der dem Obersten Volksgericht davor vom Oberen Volksgericht Shandong zur Vorabentscheidung vorgelegt worden war.

³⁰ Insofern allerdings vergleichbar mit der deutschen Praxis, siehe weiter unten.

³¹ So allerdings auch OLG Hamburg vom 27.11.2014, GRUR RR 2015, S. 137 – „Hydraulikschlauchgriffteil“ – mit Blick auf Gebrauchsmuster; kritisch dazu Thomas Kühnen, Handbuch der Patentverletzung, 9. Aufl. 2017, S. 704.

³² Aus der Niederschrift der Rede des damaligen Vizepräsidenten des Obersten Volksgerichts, CAO Jianmin, auf der Zweiten Tagung 2008 zur Gerichtlichen Arbeit im Bereich des Geistigen Eigentum (最高人民法院副院长曹建明在第二次全国法院知识产权审判工作会议上的讲话 2008) <<http://china.findlaw.cn/lawyers/article/d454193.html>> (zuletzt eingesehen am 2.2.2018).

berücksichtigen, wenn herausragende Interessen der Gesellschaft wie die öffentliche Gesundheit oder der Umweltschutz betroffen sind.

Eine Stellungnahme des Vizepräsidenten des Obersten Volksgerichts ist nicht bindend wie eine Justizauslegung, gleichwohl hat sie laut Auskunft von in China tätigen Praktikern eine Wirkung bei den Gerichten dahingehend hinterlassen, dass sie Anträge auf einstweilige Maßnahmen nochmals strenger prüfen.³³ Schon die Aufforderung, Anträgen nur dann stattzugeben, wenn Gewissheit über das Vorliegen einer Verletzung besteht, geht hinsichtlich des eingeforderten Wahrscheinlichkeitsgrades weit über die „Glaubhaftmachung“ hinaus, die beispielsweise deutschen Gerichten in der Regel ausreicht.³⁴ Auch sollte die Vorgabe, dass die Möglichkeit eines irreparablen Schadens und damit Dringlichkeit dann nicht festgestellt werden dürfe, wenn Aussicht auf spätere Entschädigung besteht, zumindest derzeit noch die meisten Anträge zu Fall bringen, da die von den Volksgerichten errechneten Schadensersatzbeträge in der Regel sehr niedrig sind. Der Hauptgrund dafür ist die in den Gesetzen über das geistige Eigentum vorgesehene Berechnungsmethode des „gesetzlichen Schadensersatzes“, wonach Gerichte den Betrag auf Grundlage von Art und Umständen der Verletzung und dergleichen relativ frei bestimmen können, allerdings nur bis zu einer gesetzlich bestimmten Höhe.³⁵ Zwar regeln das PatG in § 65 Abs. 2, das UrhG in § 49 Abs. 2 und das MarkenG in § 63 Abs. 3, dass erst dann auf diese Berechnungsart zurückgegriffen werden darf, wenn eine Berechnung nach dem tatsächlichen Schaden, nach dem Verletzererfolg oder nach der Lizenzanalogie nicht möglich ist, tatsächlich aber wird sie zurzeit am häufigsten angewendet.³⁶

Immerhin ist eine baldige Abkehr von dieser Praxis zu erwarten. So enthalten das neue MarkenG in § 63 Abs. 2 und § 27 der jüngsten Justizauslegung „zu einigen Fragen der Rechtsanwendung auf Patentverletzungsstreitigkeiten“ vom 25. Januar 2016 eine Beweiserleichterung im Falle der Berechnung nach dem Verletzererfolg.³⁷ Demnach können die Gerichte den Schadensbetrag allein aufgrund der vom Kläger gemachten Angaben bestimmen, wenn sich die beklagte Partei grundlos weigert, die zur Ermittlung

des Verletzererfolgs benötigten Informationen offenzulegen. Mit Rückgriff auf diese Erleichterung (ein Auskunfts- oder gar Rechnungslegungsanspruch ist in China nicht vorgesehen) hat das Pekinger Gericht für Geistiges Eigentum in seiner Entscheidung im Patentstreit *Watchdata vs. Hengbao* vom 9. Dezember 2016³⁸ bereits einen für chinesische Verhältnisse ungewöhnlich hohen Schadensersatz von umgerechnet ca. 6,6 Mio. Euro bestimmt, wenn auch ohne Verweis auf die erwähnte Auslegung des Obersten Volksgerichts. Der hohe Betrag kam auch dadurch zustande, dass das Gericht erstmals die tatsächlich angefallenen Anwaltskosten als „angemessene Kosten der Verfolgung“ gem. § 65 PatG hinzurechnete. Bislang hatten die Beträge, die die Gerichte als „angemessene Kosten“ betrachteten, stets weit unter den tatsächlich angefallenen Ausgaben gelegen. Jedenfalls könnte der Trend zu höheren Schadensersatzbeträgen mit Blick auf einstweilige Maßnahmen bedeuten, dass es Antragstellern künftig leichter fallen wird, die Gerichte vom Unvermögen des Antragsgegners zu einer angemessenen Entschädigung zu überzeugen.

Schließlich sind die Gerichte aufgrund der vorgeannten Anweisung des Obersten Volksgerichts von 2008 auch noch gehalten, einstweilige Maßnahmen zu versagen, wenn sie eine Beeinträchtigung des öffentlichen Interesses zur Folge haben könnten. Die Möglichkeit einer solchen Versagung ist durchaus gegeben. So hatte das Oberste Volksgericht in seiner vielzitierten Entscheidung *Wuhan Jingyuan Engineering Co. Ltd. v Japan Fuji Water Co. Ltd. und Huayang Electric Industry Co. Ltd.* vom 2009 trotz Feststellung einer Patentverletzung im Hauptsacheverfahren aus Sorge um die Energieversorgungssicherheit davon abgesehen, die Einstellung der verletzenden Verwendung einer Entschwefelungsanlage anzuordnen.³⁹ Mögliche Beeinträchtigungen des öffentlichen Interesses werden von den Gerichten bei Anträgen auf einstweilige Maßnahmen regelmäßig geprüft. Allerdings können insbesondere Verbraucherschutzabwägungen auch die Gewährung einer einstweiligen Maßnahme begünstigen, wenn zum Beispiel die Fortführung der beanstandeten Handlung Verbrauchertäuschung zur Folge haben könnte.⁴⁰

³⁸ 北京握奇数据系统有限公司诉恒宝股份有限公司发明专利权案, (2015)京知民初字第441号.

³⁹ 武汉晶源环境工程有限公司、日本富士化水工业株式会社、华阳电业有限公司侵犯发明专利权纠纷案, 民三终字第8号 <http://ipr.court.gov.cn/sdjdws/201104/t20110413_98892.html> (zuletzt eingesehen am 2.2.2018); Zusammenfassung in englischer Sprache von China Patent Agent (H.K.) Ltd. <<http://www.cpahkltd.com/EN/info.aspx?n=20100416101734790118>> (zuletzt eingesehen am 2.2.2018).

⁴⁰ So in der *Blizzard (暴雪)*-Entscheidung des Guangzhouer Gerichts für geistiges Eigentum vom 9.3.2015 im Zusammenhang mit urheberrechtsverletzenden Videospielen; (2015) 粤知法著民初字第2-1号, von der Seite des Gerichts in Word heruntergeladen <http://www.gipc.gov.cn/showw/big_content.jsp?id=C71E904814C00001F642A2E01F404EB0> (zuletzt eingesehen am 2.2.2018); dabei bezog sich die Entscheidung auf die damals noch geltenden Fassung des am 4.11.2017 umfassend geänderten Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 2.9.1993, freilich ohne konkrete Bestimmungen zu nennen. Es werden nur die Tatbestände

³³ Auch im Hinblick auf andere Bereiche der Durchsetzung des geistigen Eigentums wird die Stellungnahme als wegweisend verstanden und entsprechend häufig angeführt, siehe beispielsweise *Oliver Pfaffenzeller* (Fn. 20), S. 208 ff. (226 f.).

³⁴ Zum Markenrecht *Karl-Heinz Fezer*, Markenrecht, 4. Aufl. 2009, MarkenG § 14 Rn. 1086.

³⁵ Nach Art. 63 MarkenG beträgt diese 3 Mio Yuan, also ca. 340.000.- Euro, nach Art. 65 PatG derzeit 1 Mio. Yuan, also ca. 128.000.- Euro, wobei der Höchstbetrag laut den Plänen zu einer vierten PatG-Reform auf 5 Mio. Yuan angehoben werden soll.

³⁶ *Oliver Pfaffenzeller* (Fn. 20), S. 228 f.; *HU Jingjing*, Determining Damages for Patent Infringement in China, in: IIC 2016, S. 5.

³⁷ 最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释(二), Amtsblatt des Obersten Volksgerichts 2016, Nr. 4, S. 16 ff.; <http://www.sipo.gov.cn/zcfg/flfg/zl/sfjs/201603/t20160322_1253917.html> (zuletzt eingesehen am 2.2.2018).

Trotz dieser erfreulichen Entwicklungen ist die Darlegungslast nach wie vor vergleichsweise hoch, auch und gerade im Falle von Anträgen, die technisch weniger komplexe Schutzrechte wie Urheberrechte oder Marken betreffen. Deutschen Gerichten beispielsweise genügt bei Anträgen, die keine technisch anspruchsvollen Patente zum Gegenstand haben, neben der Glaubhaftmachung des Verfügungsanspruchs der Nachweis einer gewissen Dringlichkeit, der in der Regel als erbracht gilt, wenn ein nicht zu langer Zeitraum seit der Kenntnisnahme der Verletzung verstrichen ist.⁴¹ § 12 Abs.2 des UWG enthält für lauterkeitsrechtliche Streitigkeiten sogar eine widerlegliche Dringlichkeitsvermutung. Nur in Patentstreitfällen ist die Darlegungslast deutlich höher. Wenn es dem Antragsteller nicht gelingt, das Gericht anhand der ihm verfügbaren Unterlagen von einem stabilen Rechtsbestand und einer vergleichsweise hohen Wahrscheinlichkeit des Schutzrechtseingriffs zu überzeugen, bleibt ihm der einstweilige Rechtsschutz in der Regel versagt.⁴²

Dem angesprochenen Diskussionsentwurf des Obersten Volksgerichts zufolge wird sich am Katalog dessen, was Gerichte vor der Durchführung einer einstweiligen Maßnahme zu prüfen haben, wenig ändern. So sollen sie gemäß § 7 weiterhin, unter anderem anhand der Einschätzung des Rechtsbestands des streitgegenständlichen Schutzrechts, prüfen, wie wahrscheinlich ein Klageerfolg des Antragstellers im Hauptsacheverfahren ist, desweiteren, ob im Falle des Ausbleibens einer Maßnahme dem Antragsteller ein irreparabler Schaden droht, aber auch, ob der Schaden des Antragsgegners im Falle der Durchführung der Maßnahme nicht deutlich höher ausfallen wird (vergleichbar mit dem im Vereinigten Königreich angewendeten *balance of convenience-Test*),⁴³ und schließlich, ob die beantragte Maßnahme geeignet ist, das öffentliche Interesse zu beeinträchtigen. Allerdings betont § 7 auch, dass die Notwendigkeit einer einstweiligen Maßnahme fortan aufgrund einer zusammenfassenden Prüfung beurteilt werden soll, womit wohl eine die genannten Faktoren gegeneinander abwägende Gesamtprüfung gemeint ist. Damit könnte eine einstweilige Maßnahme eher als bisher beispielsweise auch dann bewilligt werden, wenn zwar ein hoher Schaden auf Seiten des Antragsgegners zu

erwarten ist, der Rechtsbestand des Schutzrechts und das Vorliegen einer Verletzung aber so klar auf der Hand liegen, dass der Antragsteller im Hauptsacheverfahren mit hoher Wahrscheinlichkeit Erfolg haben wird.

§ 8 des Entwurfs konkretisiert weiterhin in einem beispielhaften Katalog, unter welchen Umständen von einem irreparablen Schaden auszugehen ist. Solche Umstände können sein: die Schwächung der Wettbewerbsposition des Antragstellers, indem er seiner Marktanteile beraubt oder in ruinösen Preiswettbewerb gedrängt wird, unkontrolliertes Anwachsen des Schadens aufgrund fortgesetzter Verletzungshandlungen, die Gefahr eines Eingriffs in persönliche Rechte, wenn die beanstandete Handlung stattfindet (dies ist wohl vor allem auf Urheberpersönlichkeitsrechte bezogen) oder das Unvermögen des Antragsgegners zur späteren Schadensersatzleistung (das wohl in Zukunft leichter nachgewiesen werden kann, siehe Ausführungen oben).

§ 8 des Entwurfs regelt allerdings auch Umstände, unter denen die Gefahr eines irreparablen Schadens ausgeschlossen sein soll, so beispielsweise, wenn zwischen dem Zeitpunkt der Kenntniserlangung von der angeblichen Verletzung und der Antragstellung ein unangemessen langer Zeitraum verstrichen ist, was, wie erwähnt, auch in Deutschland zur Schutzversagung führen kann. Auch soll der Umstand, dass der Antragsteller das Patent nicht benutzt oder anderweitig (beispielsweise durch Lizenzvergabe) verwertet und auch nicht vorhat, dies zu tun, dringlichkeitsschädlich sein. Letzteres ist offenbar als Angriff auf sogenannte „Patenttrolle“ oder *non-practicing entities* zu verstehen, die Patente zwecks Erzwingung von Lizenzgebühren lediglich horten, ohne selber einem wertschöpfenden Gewerbe nachzugehen.⁴⁴ Da der Entwurf diesen Hinderungsgrund so stark hervorhebt, ist davon auszugehen, dass nach Auffassung des Obersten Volksgerichts ein erfolgreicher Einwand der Nichtbenutzung auch dann zu einer Versagung der beantragten Maßnahme führen soll, wenn die anderen Voraussetzungen für einstweiligen Rechtsschutz erfüllt sind, beispielsweise keine Zweifel am Eingriff in das Schutzrecht bestehen und auch dessen Rechtsbestand erwiesen ist. Womöglich wäre eine neutralere Formulierung angebracht, etwa dergestalt, dass Gerichte die Frage der Schutzrechtsbenutzung durch den Antragsteller bei der Beurteilung der Dringlichkeit lediglich mitberücksichtigen sollen.

der Verwechslungsgefahr hervorrufenden „eigenmächtigen Verwendung der besonderen Bezeichnung einer Ware“ auf die § 5 Abs. 2 des UWG a. F. zutreffen dürfte, sowie die „unwahre Werbung“, die in § 9 des UWG a. F. geregelt ist, genannt.

⁴¹ Zum Urheberrecht siehe Axel Nordemann/Christian Cyzchowski, Rn. 592 in: Gordian N. Hasselblatt (Hrsg), MAH Gewerblicher Rechtsschutz, 2017; zum Lauterkeitsrecht Jochen Schlinghoff, Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2. Aufl. 2014, § 12, Rn. 339; zum Markenrecht Karl-Heinz Fezer, (Fn. 34), § 14 Rn. 1081–1086, wobei die analoge Anwendung des § 12 Abs. 2 auf Marken strittig ist.

⁴² Eingehend dazu Thomas Kühnen (Fn. 31), S. 700 ff.; siehe auch Klaus Grabinski/Carsten Zülch, § 139, in: Georg Benkard, Patentgesetz, 11. Aufl. 2015, § 139 Rn. 150–155.

⁴³ Ausführlich MEI Gang, *Interlocutory Injunctions in IP Infringement Actions in England and Wales and in Ireland – American Cyanamid Revisited*, in: IIC 2015, S. 175; Auf den *balance of convenience-Test* hatte übrigens auch das Pekinger Gericht für Geistiges Eigentum in der erwähnten *Voice of China*-Entscheidung zurückgegriffen.

⁴⁴ Eine ähnliche Absicht verfolgt der 2015 zur öffentlichen Diskussion vorgestellte Entwurf einer vierten Änderung des Patentgesetzes, dessen Art. 14 Patentinhaber verpflichtet, ihre Schutzrechte nach dem Prinzip von Treu und Glauben auszuüben und insbesondere von missbräuchlichen und wettbewerbsbeschränkenden Praktiken Abstand zu nehmen, siehe Gegenüberstellung von bisherigen und neuen Vorschriften auf der Seite des Staatsamts für Geistiges Eigentum: <http://www.sipo.gov.cn/ztzl/ywzt/zlfjqssxzdxsg/xylzlfxg/201504/t20150401_1095940.html> (zuletzt eingesehen am 2.2.2018).

2. Alternativer administrativer Rechtsschutz

Ein weiterer Grund für die vergleichsweise seltene Inanspruchnahme des einstweiligen Rechtsschutzes könnte die alternative Verfügbarkeit administrativen Rechtsschutzes sein. Die behördliche Verfolgung von Schutzrechtsverletzungen ist fester Bestandteil der chinesischen Rechtsdurchsetzung. Die einst zur Flankierung der noch im Reifen begriffenen Justiz eingerichteten regionalen Patent- und Urheberrechtsbehörden, für Marken- und Lauterkeitsfälle zuständigen Ämter für Industrie und Handel und weiteren Behörden, so die für die Bekämpfung von gefälschten geographischen Angaben zuständigen regionalen Ableger des Landwirtschaftsministeriums, haben 2016 insgesamt 189,000 Verletzungsfälle verfolgt.⁴⁵

Der administrative Rechtsschutz bietet gegenüber dem Zivilverfahren den Vorteil eines rascheren und kostengünstigeren Ablaufs. Beispielsweise muss im Falle einer Beschwerde wegen Patentverletzung die angerufene lokale Behörde für geistiges Eigentum innerhalb von fünf Arbeitstagen über die Zulässigkeit des Antrags entscheiden, und auch danach ist das Verfahren strengen Fristen unterworfen.⁴⁶ Ähnlich verhält es sich mit den Verfahren vor den Urheberrechtsämtern und den Ämtern für Industrie und Handel.⁴⁷ Es kann daher mit einiger Berechtigung angenommen werden, dass vom administrativen Rechtsschutz in China ein guter Teil derjenigen Rechtsinhaber Gebrauch macht, die sich in Ländern, in denen dieses Schutzinstrument nicht verfügbar ist, für ein Zivilverfahren mit vorgeschalteten einstweiligen Maßnahmen entschieden hätten. Die administrative Rechtsdurchsetzung wird besonders häufig von chinesischen Rechtsinhabern in Anspruch genommen, allerdings greifen auch ausländische Rechtsinhaber darauf zurück. Besonders

⁴⁵ Bericht des Staatsamts für geistiges Eigentum (SIPO) „2016 Intellectual Property Rights Protection in China“ <http://english.sipo.gov.cn/laws/whitepapers/201709/t20170901_1318264.html> (zuletzt eingesehen am 2.2.2018), S. 8, ab S. 13 weiter aufgeschlüsselt u. a. nach Art des geistigen Eigentums.

⁴⁶ Laut den vom Staatsamt für Geistiges Eigentum am 29.12.2010 erlassenen und am 1.7.2015 geänderten Maßnahmen über die behördliche Patentdurchsetzung des Patentrechts 专利行政执法办法 <http://www.sipo.gov.cn/zwgg/jl/201506/t20150601_1125506.html> (zuletzt eingesehen am 2.2.2018); die letzte Änderung hat den Maßnahmen in § 21 eine Vorschrift hinzugefügt, wonach ein behördliches Patentverletzungsverfahren nicht länger als drei Monate dauern und nur ausnahmsweise in besonders komplizierten Fällen um höchstens einen Monat verlängert werden darf.

⁴⁷ Laut § 13 der vom Staatlichen Urheberrechtsamt erlassenen Maßnahmen zur Durchführung von urheberrechtlichen Verwaltungsstrafen vom 7.5.2009 著作权行政处罚实施办法 <<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/zh/cn/cn037zh.pdf>> (zuletzt eingesehen am 2.2.2018) haben die lokalen Urheberrechtsbehörden innerhalb von 15 Tagen (dem Wortlaut zufolge nicht „Arbeitstagen“) ab dem Antrag zu entscheiden, ob sie ein Verfahren einleiten; laut Regel 17 der am 4.9.2007 vom Staatsamt für Industrie und Handel erlassenen Bestimmungen über das behördliche Strafverfahren vor den Industrie- und Handelsverwaltungsorganen 工商行政管理机关行政处罚程序规定 <http://gkml.saic.gov.cn/auto3743/auto3745/200807/t20080715_112426.htm> (zuletzt eingesehen am 2.2.2018) beträgt die Frist, innerhalb derer die lokalen Industrie- und Handelsbehörden über einen Antrag auf Verfolgung unter anderem von Markenverletzungen oder unlauterem Wettbewerb zu befinden haben, sieben Arbeitstage, die ausnahmsweise auf 15 Arbeitstage verlängert werden kann.

gute Erfahrungen sollen Ausländer mit dem Behörden-schutz auf Messen nach Maßgabe der am 10. Januar 2006 vom Handelsministerium, vom SIPO und vom Nationalen Urheberrechtsamt gemeinsam erlassenen „Maßnahmen zum Schutz des geistigen Eigentums auf Messen“⁴⁸ gemacht haben.

Der behördliche Schutz ist aber auch mit Nachteilen behaftet. So scheint der sogenannte Lokalprotektionsismus, also der Schutz ortsansässiger Verletzer gegen Ansprüche von ortsfremden Rechtsinhabern, im Bereich der behördlichen Verfolgung nach wie vor eine Rolle zu spielen,⁴⁹ wohingegen diesbezügliche Kritik an den Gerichten weitgehend verstummt ist. Auch können Behörden, anders als Gerichte, Rechtsverletzer nicht zu Schadensersatz verurteilen, da ihre Aufgaben auf die Wahrung der Marktordnung gerichtet sind. Dazu gehört die Unterbindung von Piraterie und dergleichen im Verbraucherinteresse, nicht aber die Bestimmung des Schadensersatzes, die als private, zwischen den Parteien auszuhandelnde Angelegenheit angesehen wird. Höchstens dürfen die Behörden auf Wunsch der Parteien in der Schadensersatzfrage vermitteln. Auch verlieren Rechtsinhaber, da die behördliche Verfolgung von Rechtsverletzungen überwiegend im Interesse der Öffentlichkeit erfolgt, weitgehend die Gelegenheit, Einfluss auf den Verfahrensverlauf zu nehmen, sich beispielsweise vor einer Behördenentscheidung mit der Gegenpartei zu einigen. Man sollte also annehmen, dass vor allem Patentinhaber, die mit ihren Klagen gegen Wettbewerber oft strategische Ziele verfolgen, dem Zivilklageweg den Vorzug geben.

Dennoch, trotz aller Kritik und entgegen der Erwartung, dass der Behördenschutz, insbesondere die behördliche Verfolgung von Patentverletzungen, nur eine vorübergehende Erscheinung sei, bis genügend gerichtliche Kapazitäten aufgebaut sein würden,⁵⁰ deuten die Pläne zur Reform des geistigen Eigentums gerade im Patentbereich nicht nur auf eine Verstärkung, sondern auf eine weitere Stärkung des Behördenschutzes hin.⁵¹ Dies würde freilich nur der gestiegenen Nachfrage nach diesem Schutzinstrument auch unter

⁴⁸ 展会知识产权保护办法, engl. Übersetzung: <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=182340> (zuletzt eingesehen am 2.2.2018); den Vorschriften zufolge soll jede Messe, die drei Tage oder länger dauert, mit einer Kontaktstelle ausgestattet sein, die auch von einem Vertreter einer lokalen Fachbehörde für geistiges Eigentum zu besetzen ist. Die Kontaktstelle ist unter anderem befugt, Beschwerdeführern Hilfestellung bei der Sicherung von Beweisen zu leisten und den Kontakt mit einer zuständigen lokalen Fachbehörde für geistiges Eigentum (hier i. S. von Patenten, Gebrauchs- und Geschmacksmustern), für Industrie und Handel oder für das Urheberrecht herzustellen, die dann gegebenenfalls weitere Schritte einleitet.

⁴⁹ CAO Jingjing, Dual Enforcement System, in: Stefan Luginbuehl/Peter Ganea (Hrsg.): Patent Law in Greater China, Edward Elgar 2014, S. 195 (206); siehe auch Mark Cohen/David Kappos/Randall Rader, Faux Amis: China-US Patent Administrative Enforcement Comparison, in: China Patents & Trademarks 4/2016, S. 33 ff.

⁵⁰ Mark Cohen/David Kappos/Randall Rader (Fn. 49).

⁵¹ Unter anderem sollen die behördlichen Geldstrafen drastisch erhöht werden, außerdem sollen Behörden erweiterte Befugnisse zur Untersuchung von Verletzungshandlungen erhalten – kritisch dazu JIAO Yan, Recommendations on Revised Draft of the Patent Law (Draft for Review), in: China Patents & Trademarks 2/2016, S. 32;

Patentinhabern gerecht werden. So wurden 2016 allein 48.916 Patentfälle von den lokalen Ämtern für geistiges Eigentum untersucht, was einen Anstieg gegenüber dem Vorjahr von 36,5 % bedeutet. Zwar betreffen die meisten dieser Fälle Patentberühmungen und dergleichen, die häufig von Amts wegen verfolgt werden, aber immerhin auch 20.859 eigentliche Verletzungsfälle, in denen sich Patentinhaber anstatt einer Zivilklage für ein behördliches Vorgehen entschieden haben.⁵² Deren Anstieg gegenüber dem Vorjahr beläuft sich wiederum auf beeindruckende 42,8 %.⁵³ Administrativer Schutz wird somit nicht nur in Marken- und Urheberrechtspirateriefällen, sondern auch im Patentrecht immer beliebter. Er ist längst keine Übergangslösung mehr, sondern dürfte weiterhin, womöglich stärker als bisher, anstelle des Zivilverfahrens mit vorgeschaltetem einstweiligen Rechtsschutzes in Anspruch genommen werden.

3. Kurze Hauptsacheverfahren

Ein eigentlich erfreulicher Umstand, nämlich dass erstinstanzliche Hauptsacheverfahren in Urheber- und Markenfällen im Schnitt vergleichsweise erträgliche fünf Monate, in technisch schwierigen Patentfällen etwa zehn Monate dauern,⁵⁴ mag mit ein Grund für die seltene Inanspruchnahme des einstweiligen Rechtsschutzes sein. Dieser Zusammenhang, wonach mit der Verkürzung der durchschnittlichen Dauer der Hauptsacheverfahren die Nachfrage nach einstweiligem Rechtsschutz abnimmt, wurde auch im Vereinigten Königreich beobachtet, wo insbesondere kürzere Zeitabschnitte bis zum Beginn des Hauptsacheverfahrens als eine Ursache für den Rückgang an Anträgen auf einstweilige Maßnahmen genannt werden.⁵⁵ Umgekehrt könnten in Italien die extrem langen Verfahrensdauern – das Land ist diesbezüglich nach Angaben der OECD Europa-Champion⁵⁶ – mit ursächlich für die Beliebtheit des einstweiligen Rechtsschutzes sein.⁵⁷

siehe auch *LI Huihui*, Introduction to the Forth Revision of Chinese Patent Law, in: China Patents & Trademarks 3/2015, S. 59.

⁵² Wobei noch einmal einschränkend darauf hingewiesen werden soll, dass nach der chinesischen Terminologie die hinsichtlich ihrer Eignung zur technisch wenig anspruchsvollen Nachahmung den Kennzeichen- und Urheberrechten ähnlichen Geschmacksmuster ebenfalls unter „Patente“ eingeordnet werden und die lokalen Ämter für geistiges Eigentum auch für deren Durchsetzung zuständig sind. Leider war nicht zu ermitteln, wie viele der über 20.000 behördlichen Verletzungsverfahren auf Geschmacksmuster entfielen.

⁵³ Bericht des Staatsamts für geistiges Eigentum (Fn. 45), S. 13 ff.

⁵⁴ Laut der von der Sozietät Rouse betriebenen Datenbank CIELA, die die administrative und gerichtliche Rechtsdurchsetzung in China dokumentiert <<http://www.ciela.cn/en>> (registrierungspflichtig; zuletzt eingesehen am 2.2.2018).

⁵⁵ Laut der unveröffentlichten Studie „Analysis of Interlocutory Injunctions and Trends Following the Implementation of Directive 2004/48/EC“ des EUIPO vom 21.10.2016, S. 15.

⁵⁶ <<http://www.oecd.org/eco/growth/Civil%20Justice%20Policy%20Note.pdf>> (zuletzt eingesehen am 2.2.2018).

⁵⁷ Daneben spielen aber wohl auch die beschriebenen, vergleichsweise geringen Anforderungen an den Nachweis der Dringlichkeit eine Rolle, ebenso der in der genannten Studie des European Observatory on Counterfeiting and Piracy (Fn. 25) angeführte Um-

Mit Blick auf China ist freilich einschränkend zu bemerken, dass sich in Fällen mit Auslandsberührung die Verfahren erheblich verlängern und in komplizierten Angelegenheiten bis zu zwei Jahre dauern können. Daher sollten gerade ausländische Rechtsinhaber ein gesteigertes Interesse an einem gut zugänglichen einstweiligen Rechtsschutz haben.

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Die chinesische Justiz ist im Begriff, den lange vernachlässigten einstweiligen Rechtsschutz wiederzubeleben. Die rechtsinhaberfreundlichere Rechtsprechung ist zwar derzeit noch auf die neu geschaffenen Gerichte für das geistige Eigentum beschränkt, gleichwohl steht zu erwarten, dass sie über kurz oder lang auf die Volksgerichte in ganz China Signalwirkung haben wird. Dies umso mehr, als das Oberste Volksgericht seit einiger Zeit regelmäßig beispielhafte Entscheidungen über die Durchführung einstweiliger Maßnahmen in seinen Fallsammlungen zum geistigen Eigentum publiziert.

Auch die geplante neue Auslegung des Obersten Volksgerichts über die Anordnung, eine Handlung zu unterlassen oder vorzunehmen, sieht vor allem eine etwas flexiblere Handhabung der Darlegungslast der Antragsteller vor, zudem stellt sie klar, dass einstweilige Verfügungen auch während des Verfahrens erlangt werden können. Einige Fragen könnte der Entwurf durchaus konkreter regeln, etwa dass besondere Anforderungen an den Nachweis des Rechtsbestands und der Erfolgsaussichten im Hauptsacheverfahren auf Patente und Gebrauchsmuster beschränkt sein sollen.

Wie auch immer ein verbesserter einstweiliger Rechtsschutz vor Gericht letztendlich ausgestaltet sein wird, er dürfte sich auch in Zukunft schwer gegen die alternative behördliche Verfolgung von Rechtsverletzungen behaupten, die den Plänen zur Reform des geistigen Eigentums zufolge nicht nur beibehalten, sondern weiter gestärkt werden soll.

stand, dass einstweilige Maßnahmen eine besonders starke Wirkung entfalten, weil sie als das Ergebnis des Hauptsacheverfahrens vorwegnehmend verstanden werden.

* * *

On the reform of the Chinese system of provisional measures to protect intellectual property

Provisional measures to protect intellectual property, in particular injunctions to cease infringement, but also evidence preservation orders and orders to secure or to freeze assets, are comprehensively regulated by civil procedure law and special provisions but rarely resorted to. This article illustrates new case law that gives reason to expect that access to this instrument of protection will be facilitated in the near future.