jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 2000/2/15 4Ob29/00v

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 15.02.2000

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Kodek als Vorsitzenden und durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Graf, die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Griß und Dr. Schenk sowie den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei C***** Inc., *****, vertreten durch Dr. Gerhard Engin-Deniz und Dr. Christian Reimitz, Rechtsanwälte OEG in Wien, wider die beklagte Partei H*****gesellschaft mbH, *****, vertreten durch Prof. Dr. Alfred Haslinger und andere Rechtsanwälte in Linz, wegen Unterlassung, Rechnungslegung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren 460.000 S), infolge Rekurses beider Parteien gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Linz als Rekursgericht vom 16. Dezember 1999, GZ 4 R 249/99m-12, mit dem die einstweilige Verfügung des Landesgerichts Steyr vom 22. November 1999, GZ 3 Cg 175/99g-6, aufgehoben wurde, den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Keinem der beiden Rekurse wird Folge gegeben.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Die Hugo Boss AG mit Sitz in Deutschland ist Inhaberin der Wortmarken "Hugo Boss", "BOSS Hugo Boss" und "Boss". Sie hat der Klägerin - einem Unternehmen, das Brillen erzeugt und vertreibt - die ausschließliche Lizenz erteilt, unter der Marke "BOSS Hugo Boss" Brillen zu vertreiben. Im Europäischen Wirtschaftsraum beliefert die Klägerin nur die C***** GmbH Europe, C***** France, C***** UK Co Ltd. und C***** Italia SpA mit Brillenfassungen der Marke "BOSS Hugo Boss". Abnehmer der C***** GmbH Europe sind die Firmen A***** Hellas S.A., Griechenland, I***** s.l. und G***** S/S, Spanien, W***** s.a., Belgien, P***** a.s., Norwegen, O***** Lda., Portugal, I***** Corp., Finnland, Bastel B*****, Österreich, E*****, Island, T***** AB, Schweden und N***** A/S, Dänemark. Diese Unternehmen beliefern nur Einzelhändler mit Brillenfassungen der Marke "BOSS Hugo Boss"; keines dieser Unternehmen hat die Beklagte beliefert. C***** France beliefert nur Einzelhändler in Frankreich, C***** UK Co. Ltd., nur Einzelhändler in Großbritannien und der Republik Irland, C***** Italia SpA nur Einzelhändler in Italien. Auch keines dieser Unternehmen war Lieferant der Beklagten.

Die Beklagte verkauft seit November 1998 Brillen der Marke "BOSS Hugo Boss". Sie bezog von der Firma B***** in E***** mit Rechnungen vom 2. und 21. 12. 1998 917 und von der Firma M***** Brillenvertrieb in K***** (Schweiz) 2.200 Brillenfassungen der Marke "BOSS Hugo Boss". Die A***** GmbH in B***** (Bundesrepublik Deutschland)

lieferte der Beklagten mit Rechnung vom 7. 10. 1998 707 Brillenfassungen und mit Rechnung vom 17. 11. 1998 569 Brillenfassungen, jeweils der Marke "BOSS Hugo Boss".

Die Klägerin begehrt zur Sicherung ihres inhaltsgleichen Unterlassungsanspruchs, der Beklagten mit einstweiliger Verfügung zu untersagen, "BOSS Hugo Boss"-Brillen zu verkaufen und/oder zu bewerben, sofern diese Brillen nicht mit Zustimmung der Klägerin oder deren Abnehmern im EWR-Raum in Verkehr gebracht worden sind. Die von der Beklagten vertriebenen Brillen seien außerhalb des EWR in Verkehr gebracht worden. Als ausschließliche Lizenznehmerin der Hugo Boss AG sei die Klägerin berechtigt, den Markeneingriff zu verfolgen.

Die Beklagte beantragt, den Sicherungsantrag abzuweisen. Ihre Lieferanten hätten ihr versichert, dass die Brillen von der Klägerin innerhalb des EWR in Verkehr gebracht worden seien. Die Beklagte könne den Vertriebsweg nicht zurückverfolgen, weil ihre Lieferanten keine Auskünfte erteilten. Die Klägerin sei nicht aktiv legitimiert; klagebefugt sei nur der Markeninhaber. Der Klägerin sei nach § 390 Abs 1 und 2 EO eine Sicherheitsleistung von 15,000.000 S aufzuerlegen. Durch ein Verkaufsverbot werde der Beklagten großer Schaden zugefügt.Die Beklagte beantragt, den Sicherungsantrag abzuweisen. Ihre Lieferanten hätten ihr versichert, dass die Brillen von der Klägerin innerhalb des EWR in Verkehr gebracht worden seien. Die Beklagte könne den Vertriebsweg nicht zurückverfolgen, weil ihre Lieferanten keine Auskünfte erteilten. Die Klägerin sei nicht aktiv legitimiert; klagebefugt sei nur der Markeninhaber. Der Klägerin sei nach Paragraph 390, Absatz eins und 2 EO eine Sicherheitsleistung von 15,000.000 S aufzuerlegen. Durch ein Verkaufsverbot werde der Beklagten großer Schaden zugefügt.

Das Erstgericht erließ die einstweilige Verfügung. Es nahm - zusätzlich zum eingangs wiedergegebenen Sachverhalt - als bescheinigt an, dass die von der Beklagten vertriebenen "BOSS Hugo Boss"-Brillen nicht für den Verkauf innerhalb des EWR bestimmt waren und nicht mit Zustimmung der Klägerin oder ihrer Abnehmer C***** GmbH Europe, C***** France, C***** UK Co. Ltd. und C***** Italia SpA im EWR in den Verkehr gebracht worden sind. Daraus schloss das Erstgericht, dass kein zulässiger Parallelimport vorliege. Die Klägerin sei als Lizenznehmerin klageberechtigt. Der Klägerin sei keine Sicherheitsleistung aufzuerlegen, weil die einstweilige Verfügung nicht tief in die Rechtssphäre der Beklagten eingreife. Es sei anzunehmen, dass die Beklagte einen Großteil der Brillen bereits verkauft habe.

Das Rekursgericht hob die einstweilige Verfügung auf, trug dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung auf und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 260.000 S übersteige und der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig sei. Das Verfahren sei mangelhaft geblieben, weil das Erstgericht Hermann E***** nicht vernommen habe. Die Beklagte habe sich auf seine Vernehmung zur Bescheinigung der Zulässigkeit des Parallelimports berufen. Die von der Beklagten dazu vorgelegten Urkunden reichten nicht aus, die begehrte Feststellung zu treffen. Die Klägerin habe glaubhaft gemacht, dass die von ihr belieferten Händler die Beklagte nicht beliefert haben. Nunmehr müsse die Beklagte bescheinigen, dass die Brillen nicht aus einem Drittland importiert wurden. Das Markenschutzgesetz idF der Markenrechts-Nov 1999 setze die Klagebefugnis des Lizenznehmers zwar nicht ausdrücklich fest; mangels eines gegenteiligen Hinweises in den Materialien sei aber anzunehmen, dass der Gesetzgeber von der Weitergeltung der Rechtsprechung zu § 9 UWG aF ausgegangen sei.Das Rekursgericht hob die einstweilige Verfügung auf, trug dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung auf und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 260.000 S übersteige und der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig sei. Das Verfahren sei mangelhaft geblieben, weil das Erstgericht Hermann E***** nicht vernommen habe. Die Beklagte habe sich auf seine Vernehmung zur Bescheinigung der Zulässigkeit des Parallelimports berufen. Die von der Beklagten dazu vorgelegten Urkunden reichten nicht aus, die begehrte Feststellung zu treffen. Die Klägerin habe glaubhaft gemacht, dass die von ihr belieferten Händler die Beklagte nicht beliefert haben. Nunmehr müsse die Beklagte bescheinigen, dass die Brillen nicht aus einem Drittland importiert wurden. Das Markenschutzgesetz in der Fassung der Markenrechts-Nov 1999 setze die Klagebefugnis des Lizenznehmers zwar nicht ausdrücklich fest; mangels eines gegenteiligen Hinweises in den Materialien sei aber anzunehmen, dass der Gesetzgeber von der Weitergeltung der Rechtsprechung zu Paragraph 9, UWG aF ausgegangen sei.

Rechtliche Beurteilung

Die gegen diese Entscheidung gerichteten Rekurse beider Parteien sind zulässig, weil keine Rechtsprechung zur Klagebefugnis des Lizenznehmers nach dem Markenschutzgesetz idF der Markenrechts-Nov 1999 und auch keine Rechtsprechung zur Beweislastverteilung im Markeneingriffsverfahren wegen eines Parallelimports besteht.Die gegen

diese Entscheidung gerichteten Rekurse beider Parteien sind zulässig, weil keine Rechtsprechung zur Klagebefugnis des Lizenznehmers nach dem Markenschutzgesetz in der Fassung der Markenrechts-Nov 1999 und auch keine Rechtsprechung zur Beweislastverteilung im Markeneingriffsverfahren wegen eines Parallelimports besteht.

1. Zur Klagebefugnis des Lizenznehmers

Nach Auffassung der Beklagten kann weder aus der Markenrichtlinie noch aus dem Markenschutzgesetz idF der Markenrechts-Nov 1999 entnommen werden, dass der Lizenznehmer klagebefugt wäre. Die §§ 10, 10b MSchG sprächen, ebenso wie Art 5 und 7 MarkenRL, ausschließlich vom "Inhaber der eingetragenen Marke". Der Lizenznehmer werde nicht erwähnt; in § 14 Abs 2 MSchG werde ausdrücklich zwischen dem Inhaber der Marke und dem Lizenznehmer unterschieden.Nach Auffassung der Beklagten kann weder aus der Markenrichtlinie noch aus dem Markenschutzgesetz in der Fassung der Markenrechts-Nov 1999 entnommen werden, dass der Lizenznehmer klagebefugt wäre. Die Paragraphen 10,, 10b MSchG sprächen, ebenso wie Artikel 5 und 7 MarkenRL, ausschließlich vom "Inhaber der eingetragenen Marke". Der Lizenznehmer werde nicht erwähnt; in Paragraph 14, Absatz 2, MSchG werde ausdrücklich zwischen dem Inhaber der Marke und dem Lizenznehmer unterschieden.

§ 14 MSchG setzt Art 8 MarkenRL um. Danach kann die Marke für alle oder einen Teil der Waren oder Dienstleistungen, für die sie eingetragen ist, und für das gesamte Bundesgebiet oder einen Teil davon Gegenstand von ausschließlichen oder nicht ausschließlichen Lizenzen sein und der Markeninhaber kann gegen den Lizenznehmer die Rechte aus der Marke geltend machen, wenn dieser gegen eine Bestimmung des Lizenzvertrags verstößt.Paragraph 14, MSchG setzt Artikel 8, MarkenRL um. Danach kann die Marke für alle oder einen Teil der Waren oder Dienstleistungen, für die sie eingetragen ist, und für das gesamte Bundesgebiet oder einen Teil davon Gegenstand von ausschließlichen oder nicht ausschließlichen Lizenzen sein und der Markeninhaber kann gegen den Lizenznehmer die Rechte aus der Marke geltend machen, wenn dieser gegen eine Bestimmung des Lizenzvertrags verstößt.

Art 5 MarkenRL regelt die Rechte aus der Marke; Art 7 ihre Erschöpfung. Beide Bestimmungen sprechen vom Inhaber der Marke. Das Gleiche gilt für die diese Bestimmungen umsetzenden §§ 10, 10b MSchG; auch sie regeln die Rechte des Inhabers der Marke. Demgegenüber räumt § 51 MSchG das Recht, auf Unterlassung zu klagen, demjenigen ein, der in einer der ihm aus einer Marke zustehenden Befugnisse verletzt ist. Weder das Gesetz noch die Materialien erwähnen die Klagebefugnis des Lizenznehmers; auch die Markenrichtlinie enthält dazu keine Regelung.Artikel 5, MarkenRL regelt die Rechte aus der Marke; Artikel 7, ihre Erschöpfung. Beide Bestimmungen sprechen vom Inhaber der Marke. Das Gleiche gilt für die diese Bestimmungen umsetzenden Paragraphen 10,, 10b MSchG; auch sie regeln die Rechte des Inhabers der Marke. Demgegenüber räumt Paragraph 51, MSchG das Recht, auf Unterlassung zu klagen, demjenigen ein, der in einer der ihm aus einer Marke zustehenden Befugnisse verletzt ist. Weder das Gesetz noch die Materialien erwähnen die Klagebefugnis des Lizenznehmers; auch die Markenrichtlinie enthält dazu keine Regelung.

Anders das deutsche Markengesetz: Nach § 30 Abs 3 dMarkenG kann der Lizenznehmer Klage wegen Verletzung einer Marke nur mit Zustimmung ihres Inhabers erheben. Diese Bestimmung erfasst ausschließliche und einfache Lizenzen; sie macht die Klagebefugnis des Lizenznehmers trotz Verdinglichung der Lizenz von der Zustimmung des Markeninhabers abhängig (Althammer/Ströbele/Klaka, Markengesetz5 § 30 Rz 10).Anders das deutsche Markengesetz: Nach Paragraph 30, Absatz 3, dMarkenG kann der Lizenznehmer Klage wegen Verletzung einer Marke nur mit Zustimmung ihres Inhabers erheben. Diese Bestimmung erfasst ausschließliche und einfache Lizenzen; sie macht die Klagebefugnis des Lizenznehmers trotz Verdinglichung der Lizenz von der Zustimmung des Markeninhabers abhängig (Althammer/Ströbele/Klaka, Markengesetz5 Paragraph 30, Rz 10).

Auch nach Art 22 Abs 3 GemeinschaftsmarkenVO (GMV) kann der Lizenznehmer grundsätzlich nur mit Zustimmung des Markeninhabers klagen. Im Gegensatz dazu räumen nationale Markengesetze wie das britische, irische, finnische und schwedische Recht dem Exklusivlizenznehmer ein eigenes Klagerecht ein (Kur, Die Harmonisierung der europäischen Markengesetze. Resultate - offene Fragen - Harmonisierungslücken, GRUR 1997, 241 [251] mwN).Auch nach Artikel 22, Absatz 3, GemeinschaftsmarkenVO (GMV) kann der Lizenznehmer grundsätzlich nur mit Zustimmung des Markeninhabers klagen. Im Gegensatz dazu räumen nationale Markengesetze wie das britische, irische, finnische und schwedische Recht dem Exklusivlizenznehmer ein eigenes Klagerecht ein (Kur, Die Harmonisierung der europäischen Markengesetze. Resultate - offene Fragen - Harmonisierungslücken, GRUR 1997, 241 [251] mwN).

Aus dem Fehlen einer Regelung der Klagebefugnis des Lizenznehmers in der Markenrichtlinie will die Beklagte ableiten,

dass er nach der Markenrichtlinie nicht klagebefugt sei. Die Gemeinschaftsmarkenverordnung zeige, dass dem europäischen Gesetzgeber das Problem der Klagebefugnis des Lizenznehmers bewusst gewesen sei. Die Beklagte regt an, dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen, ob ein Lizenznehmer ebenfalls "Inhaber der eingetragenen Marke" im Sinn des Art 5 Abs 1 MarkenRL ist.Aus dem Fehlen einer Regelung der Klagebefugnis des Lizenznehmers in der Markenrichtlinie will die Beklagte ableiten, dass er nach der Markenrichtlinie nicht klagebefugt sei. Die Gemeinschaftsmarkenverordnung zeige, dass dem europäischen Gesetzgeber das Problem der Klagebefugnis des Lizenznehmers bewusst gewesen sei. Die Beklagte regt an, dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen, ob ein Lizenznehmer ebenfalls "Inhaber der eingetragenen Marke" im Sinn des Artikel 5, Absatz eins, MarkenRL ist.

Der Beklagten ist entgegenzuhalten, dass es nicht Zweck der Markenrichtlinie ist, die Markenrechte der Mitgliedstaaten vollständig anzugleichen. Nach den Erwägungsgründen soll sich die Angleichung auf diejenigen innerstaatlichen Rechtsvorschriften beschränken, die sich am unmittelbarsten auf das Funktionieren des Binnenmarkts auswirken. Da die Markenrichtlinie die Klagebefugnis des Lizenznehmers weder ausdrücklich regelt noch einen Anhaltspunkt dafür bietet, dass unter "Inhaber" der Marke im Sinne der Art 5 ff nicht auch derjenige zu verstehen wäre, der seine Rechte vom Markeninhaber ableitet, fehlt für das von der Beklagten angeregte Vorabentscheidungsersuchen jede Grundlage.Der Beklagten ist entgegenzuhalten, dass es nicht Zweck der Markenrichtlinie ist, die Markenrechte der Mitgliedstaaten vollständig anzugleichen. Nach den Erwägungsgründen soll sich die Angleichung auf diejenigen innerstaatlichen Rechtsvorschriften beschränken, die sich am unmittelbarsten auf das Funktionieren des Binnenmarkts auswirken. Da die Markenrichtlinie die Klagebefugnis des Lizenznehmers weder ausdrücklich regelt noch einen Anhaltspunkt dafür bietet, dass unter "Inhaber" der Marke im Sinne der Artikel 5, ff nicht auch derjenige zu verstehen wäre, der seine Rechte vom Markeninhaber ableitet, fehlt für das von der Beklagten angeregte Vorabentscheidungsersuchen jede Grundlage.

Vor Inkrafttreten der Markenrechts-Nov 1999 war der Unterlassungsanspruch des Markeninhabers wegen eines die Gefahr von Verwechslungen auslösenden Markeneingriffs in § 9 UWG geregelt. Danach konnte derjenige auf Unterlassung klagen, der sich einer registrierten Marke befugterweise bediente. Dazu gehörte nach ständiger Rechtsprechung der Lizenznehmer; auch er wurde als nach § 9 UWG aktiv zur Geltendmachung von Untersagungsansprüchen legitimiert angesehen (ua SZ 17/87; ÖBl 1987, 63 = WBl 1987, 162 - Komfortverschluss).Vor Inkrafttreten der Markenrechts-Nov 1999 war der Unterlassungsanspruch des Markeninhabers wegen eines die Gefahr von Verwechslungen auslösenden Markeneingriffs in Paragraph 9, UWG geregelt. Danach konnte derjenige auf Unterlassung klagen, der sich einer registrierten Marke befugterweise bediente. Dazu gehörte nach ständiger Rechtsprechung der Lizenznehmer; auch er wurde als nach Paragraph 9, UWG aktiv zur Geltendmachung von Untersagungsansprüchen legitimiert angesehen (ua SZ 17/87; ÖBl 1987, 63 = WBl 1987, 162 - Komfortverschluss).

Die Entscheidung ÖBl 1999, 87 - Ralph Lauren II leitet die Klagebefugnis des Lizenznehmers nicht aus § 9 UWG ab, sondern führt aus, dass die sich aus der Verletzung des Markenrechts als eines absoluten Rechts ergebenden Ansprüche auch vom Lizenznehmer geltend gemacht werden können. Gestatte nämlich der Kennzeicheninhaber einem anderen den Gebrauch eines Kennzeichens, so erwerbe der durch die Vereinbarung begünstigte Lizenznehmer ein originäres Kennzeichenrecht. Diese Entscheidung beruft sich auf die Entscheidung SZ 67/174 = ÖBl 1995, 159 - Slender You, die jedoch nicht den markenmäßigen, sondern den namensmäßigen Gebrauch einer Marke zum Gegenstand hatte. In einem solchen Fall entsteht durch den Gebrauch des Namens ein originäres Kennzeichenrecht, weil für den Namensschutz die bloße Ingebrauchnahme genügt (ÖBl 1993, 21 - Gullivers Reisen; ÖBl 1993, 245 - COS).Die Entscheidung ÖBl 1999, 87 - Ralph Lauren römisch II leitet die Klagebefugnis des Lizenznehmers nicht aus Paragraph 9, UWG ab, sondern führt aus, dass die sich aus der Verletzung des Markenrechts als eines absoluten Rechts ergebenden Ansprüche auch vom Lizenznehmer geltend gemacht werden können. Gestatte nämlich der Kennzeicheninhaber einem anderen den Gebrauch eines Kennzeichens, so erwerbe der durch die Vereinbarung begünstigte Lizenznehmer ein originäres Kennzeichenrecht. Diese Entscheidung beruft sich auf die Entscheidung SZ 67/174 = ÖBl 1995, 159 - Slender You, die jedoch nicht den markenmäßigen, sondern den namensmäßigen Gebrauch einer Marke zum Gegenstand hatte. In einem solchen Fall entsteht durch den Gebrauch des Namens ein originäres Kennzeichenrecht, weil für den Namensschutz die bloße Ingebrauchnahme genügt (ÖBl 1993, 21 - Gullivers Reisen; ÖBl 1993, 245 - COS).

Wird aber ein Zeichen nicht als Name, sondern als Marke verwendet, so kann ihr Gebrauch durch den Lizenznehmer

kein originäres Kennzeichenrecht begründen, weil dies entweder die Übertragung der Marke oder den Erwerb von Verkehrsgeltung durch den Lizenznehmer voraussetzt (§ 9 Abs 3 UWG). Welche Rechtsposition der Lizenznehmer hat, hängt vielmehr vom Inhalt des Lizenzvertrags ab. § 14 Abs 2 MSchG stellt klar, dass die Markenlizenz keine Markenübertragung ist, sondern dass der Lizenzgeber Markeninhaber bleibt. Dies entspricht der allgemeinen Auffassung, wonach es sich bei einer Lizenz um die vom Rechtsinhaber einem Anderen gewährte Erlaubnis handelt, das - beim Inhaber verbleibende - Kennzeichenrecht in bestimmten Umfang zu benutzen (Althammer/Ströbele/Klaka aaO § 30 Rz 1).Wird aber ein Zeichen nicht als Name, sondern als Marke verwendet, so kann ihr Gebrauch durch den Lizenznehmer kein originäres Kennzeichenrecht begründen, weil dies entweder die Übertragung der Marke oder den Erwerb von Verkehrsgeltung durch den Lizenznehmer voraussetzt (Paragraph 9, Absatz 3, UWG). Welche Rechtsposition der Lizenznehmer hat, hängt vielmehr vom Inhalt des Lizenzvertrags ab. Paragraph 14, Absatz 2, MSchG stellt klar, dass die Markenlizenz keine Markenübertragung ist, sondern dass der Lizenzgeber Markeninhaber bleibt. Dies entspricht der allgemeinen Auffassung, wonach es sich bei einer Lizenz um die vom Rechtsinhaber einem Anderen gewährte Erlaubnis handelt, das - beim Inhaber verbleibende - Kennzeichenrecht in bestimmten Umfang zu benutzen (Althammer/Ströbele/Klaka aaO Paragraph 30, Rz 1).

Der Lizenzgeber kann sich darauf beschränken, dem Lizenznehmer den Gebrauch der Marke zu gestatten; die Gebrauchsüberlassung enthält weder eine dingliche Rechtsübertragung noch die Einräumung einer echten Nutzungsbefugnis. Die Vereinbarung hat nur schuldrechtliche Wirkungen. Sie bedeutet den Verzicht des Markeninhabers auf die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen gegen den Gestattungsempfänger, der sich gegen dennoch erhobene Ansprüche auf den Vertrag berufen kann (SZ 67/174 = ÖBl 1995, 159 - Slender You mwN). In einem solchen Fall ist der Lizenznehmer nicht berechtigt, gegen Dritte vorzugehen.

Der Lizenzgeber kann dem Lizenznehmer aber auch ein absolutes Recht einräumen, das die Befugnis zur Abwehr von Markenverletzungen umfasst (Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht3 § 42 Rz 18). In diesem Sinn spricht die Entscheidung SZ 64/10 = EvBl 1991/83 = ÖBl 1991, 153 = RdW 1991, 263 = WBl 1991, 237 - Trennwand von einem quasi-dinglichen Benützungsrecht des Lizenznehmers; der Patentinhaber entäußere sich mit der Einräumung eines ausschließlichen Lizenzrechts mit Wirkung gegen Dritte seines Benützungsrechts. In einem solchen Fall ist der Lizenznehmer nicht bloß zur Klageführung ermächtigt, so dass keine Prozessstandschaft vorliegt, die mangels gesetzlicher Deckung unzulässig wäre (zur gewillkürten Prozessstandschaft s Fucik in Rechberger, ZPO**2 vor § 1 Rz 4 mwN). Wird dem Lizenznehmer im Lizenzvertrag ein ausschließliches Gebrauchsrecht mit Wirkung gegen Dritte übertragen, so kann er gegen Markenverletzungen vorgehen, ohne die Zustimmung des Markeninhabers zu benötigen. Die Einschränkung des § 30 Abs 3 dMarkenG, wonach der Lizenznehmer eine solche Zustimmung benötigt, kennt das österreichische Markenschutzgesetz nicht.Der Lizenzgeber kann dem Lizenznehmer aber auch ein absolutes Recht einräumen, das die Befugnis zur Abwehr von Markenverletzungen umfasst (Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht3 Paragraph 42, Rz 18). In diesem Sinn spricht die Entscheidung SZ 64/10 = EvBl 1991/83 = ÖBl 1991, 153 = RdW 1991, 263 = WBl 1991, 237 - Trennwand von einem quasi-dinglichen Benützungsrecht des Lizenznehmers; der Patentinhaber entäußere sich mit der Einräumung eines ausschließlichen Lizenzrechts mit Wirkung gegen Dritte seines Benützungsrechts. In einem solchen Fall ist der Lizenznehmer nicht bloß zur Klageführung ermächtigt, so dass keine Prozessstandschaft vorliegt, die mangels gesetzlicher Deckung unzulässig wäre (zur gewillkürten Prozessstandschaft s Fucik in Rechberger, ZPO**2 vor Paragraph eins, Rz 4 mwN). Wird dem Lizenznehmer im Lizenzvertrag ein ausschließliches Gebrauchsrecht mit Wirkung gegen Dritte übertragen, so kann er gegen Markenverletzungen vorgehen, ohne die Zustimmung des Markeninhabers zu benötigen. Die Einschränkung des Paragraph 30, Absatz 3, dMarkenG, wonach der Lizenznehmer eine solche Zustimmung benötigt, kennt das österreichische Markenschutzgesetz nicht.

Die Klägerin hat sich auf die bisherige Rechtsprechung berufen und behauptet, ausschließliche Lizenznehmerin zu sein. Näheres Vorbringen hat sie dazu in erster Instanz nicht erstattet; im fortgesetzten Verfahren wird ihr Gelegenheit zu geben sein, zum Inhalt des Lizenzvertrags vorzubringen und ihr Vorbringen zu bescheinigen. Bemerkt sei, dass eine bloße Genehmigung der Klageführung durch die Markeninhaberin nicht ausreicht, sondern dass es auf den Inhalt des Lizenzvertrags ankommt.

2. Zur Beweislastverteilung bei Parallelimporten

Nach Auffassung der Klägerin muss der Parallelimporteur behaupten und beweisen, dass die parallelimportierte Ware vom Markeninhaber oder mit dessen Zustimmung im EWR in Verkehr gebracht worden ist. Sie stützt sich dabei auf die

Entscheidung des EuGH ÖBl 1999, 308 - Sebago. In diesem Verfahren sei unstrittig gewesen, dass die Beweislast den Parallelimporteur treffe. Auch die ständige deutsche Judikatur in Urheberrechts- und Patentangelegenheiten komme zum selben Ergebnis. Sie müsse auch in Markensachen gelten, weil es immer um die Frage gehe, ob der rechtsverletzende Gegenstand mit Zustimmung des Berechtigten im EWR in Verkehr gebracht worden ist.

Die Beklagte hält dem entgegen, dass es dem Markeninhaber leicht möglich sei, die von ihm massenhaft in Verkehr gebrachte Ware zu kennzeichnen. Der Erschöpfungsgrundsatz sei daher im Markenrecht anders zu sehen als im Urheber- und Patentrecht. Der EuGH habe zur Frage der Beweislastverteilung bisher nicht Stellung genommen. Die Beklagte regt an, dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen, ob der Markeninhaber im Markenverletzungsprozess beweisen muss, dass die Originalware ohne seine Zustimmung im EWR in den Verkehr gebracht worden ist.

Richtig ist, dass sich der EuGH mit dieser Frage bisher nicht befasst hat. Das gilt auch für die Entscheidung ÖBl 1999, 308 - Sebago, in der nur die Wiedergabe des Parteienvorbringens und der Auffassung des Vorlagegerichts auf eine Beweislast des Parallelimporteurs schließen lässt. Dennoch kann dem EuGH die Frage der Beweislastverteilung nicht zur Vorabentscheidung vorgelegt werden, weil die Markenrichtlinie die Frage der Beweislastverteilung im Markeneingriffsprozess gegen den Parallelimporteur nicht regelt und für eine Vorlage dieser Frage an den EuGH demnach - ebenso wie bei der Frage der Klagebefugnis des Lizenznehmers und aus denselben Gründen - jede Grundlage fehlt. In den Erwägungsgründen zur Markenrichtlinie wird im Übrigen - wenn auch im Zusammenhang mit der Feststellung der Verwechslungsgefahr - ausdrücklich festgehalten, dass die Beweislast Sache nationaler Verfahrensregeln ist, die von der Richtlinie nicht berührt werden.

Da auch das Markenschutzgesetz keine einschlägige Bestimmung enthält, ist von der allgemeinen Beweislastregel auszugehen. Danach trägt jede Partei die Beweislast für das Vorliegen aller tatsächlichen Voraussetzungen der ihr günstigen Rechtsnorm: Der ein Recht Behauptende hat die rechtsbegründenden, der ein Recht Leugnende die rechtshindernden, rechtsvernichtenden oder rechtsverneinenden Tatsachen zu beweisen (Rechberger in Rechberger, ZPO**2 vor 266 Rz 11 mwN). Enthält der anspruchsbegründende Sachverhalt ein negatives Tatbestandsmerkmal, so hat der Kläger die Umstände zu widerlegen, die für sein Vorliegen sprechen (Rosenberg, Die Beweislast5 330 ff). Allfällige Schwierigkeiten des Beweisbelasteten, den Negativbeweis zu erbringen, sind regelmäßig kein Grund, die Beweislast zu verschieben (Rosenberg aaO 331; s auch Baumgärtel, Handbuch der Beweislast im Privatrecht**2 § 632 BGB Rz 13 ff; § 675 BGB Rz 15; § 839 BGB Rz 18).Da auch das Markenschutzgesetz keine einschlägige Bestimmung enthält, ist von der allgemeinen Beweislastregel auszugehen. Danach trägt jede Partei die Beweislast für das Vorliegen aller tatsächlichen Voraussetzungen der ihr günstigen Rechtsnorm: Der ein Recht Behauptende hat die rechtsbegründenden, der ein Recht Leugnende die rechtshindernden, rechtsvernichtenden oder rechtsverneinenden Tatsachen zu beweisen (Rechberger in Rechberger, ZPO**2 vor 266 Rz 11 mwN). Enthält der anspruchsbegründende Sachverhalt ein negatives Tatbestandsmerkmal, so hat der Kläger die Umstände zu widerlegen, die für sein Vorliegen sprechen (Rosenberg, Die Beweislast5 330 ff). Allfällige Schwierigkeiten des Beweisbelasteten, den Negativbeweis zu erbringen, sind regelmäßig kein Grund, die Beweislast zu verschieben (Rosenberg aaO 331; s auch Baumgärtel, Handbuch der Beweislast im Privatrecht**2 Paragraph 632, BGB Rz 13 ff; Paragraph 675, BGB Rz 15; Paragraph 839, BGB Rz 18).

Nach der Rechtsprechung kann es - nicht nur beim Negativbeweis, sondern ganz allgemein - zu einer Verschiebung der Beweislast kommen, wenn es - wie zuerst zur Alleinstellungswerbung ausgesprochen (ÖBl 1973, 53 - Stahlrohrgerüste) - dem außerhalb des Geschehensablaufs stehenden Kläger im Einzelfall mangels genauer Kenntnis der entsprechenden Tatumstände unmöglich ist, den Sachverhalt von sich aus aufzuklären; der mangelnden Kenntnis des Klägers wird die Unzumutbarkeit der Offenbarung von Kenntnissen gleichgehalten (SZ 69/284 = ÖBl 1997, 161 - 20 Jahre dm).

Der von der Klägerin geltend gemachte Unterlassungsanspruch beruht auf § 10 Abs 1 Z 1 MSchG. Danach gewährt die eingetragene Marke, vorbehaltlich der Wahrung älterer Rechte, ihrem Inhaber das ausschließliche Recht, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr ein mit der Marke gleiches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, die mit denjenigen gleich sind, für die die Marke eingetragen ist. § 10b Abs 1 MSchG schränkt das Untersagungsrecht ein: Die Marke gewährt ihrem Inhaber nicht das Recht, einem Dritten zu verbieten, die Marke für Waren zu benutzen, die unter dieser Marke von ihrem Inhaber oder mit seiner Zustimmung im EWR in den Verkehr gebracht worden sind.Der von der Klägerin geltend gemachte Unterlassungsanspruch beruht auf Paragraph

10, Absatz eins, Ziffer eins, MSchG. Danach gewährt die eingetragene Marke, vorbehaltlich der Wahrung älterer Rechte, ihrem Inhaber das ausschließliche Recht, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr ein mit der Marke gleiches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, die mit denjenigen gleich sind, für die die Marke eingetragen ist. Paragraph 10 b, Absatz eins, MSchG schränkt das Untersagungsrecht ein: Die Marke gewährt ihrem Inhaber nicht das Recht, einem Dritten zu verbieten, die Marke für Waren zu benutzen, die unter dieser Marke von ihrem Inhaber oder mit seiner Zustimmung im EWR in den Verkehr gebracht worden sind.

Diese Bestimmungen beruhen, ebenso wie die entsprechenden Bestimmungen des deutschen Markengesetzes (§§ 14, 24 dMarkenG), auf Art 5 und 7 MarkenRL. Nach den Materialien (1643 BlgNR 20. GP 25) ist "gleich" in § 10 Abs 1 Z 1 MSchG gleichbedeutend mit "identisch" in Art 5 Abs 1 lit a MarkenRLDiese Bestimmungen beruhen, ebenso wie die entsprechenden Bestimmungen des deutschen Markengesetzes (Paragraphen 14,, 24 dMarkenG), auf Artikel 5 und 7 MarkenRL. Nach den Materialien (1643 BlgNR 20. GP 25) ist "gleich" in Paragraph 10, Absatz eins, Ziffer eins, MSchG gleichbedeutend mit "identisch" in Artikel 5, Absatz eins, Litera a, MarkenRL.

Während sich bisher weder die österreichische Lehre noch die österreichische Rechtsprechung zur Beweislastverteilung im Prozess wegen eines Markeneingriffs durch einen Parallelimport geäußert hat, haben sich deutsche Autoren eingehend mit dieser Frage befasst. Ihre Stellungnahmen sind wegen der gleichen Rechtslage auch für den österreichischen Rechtsbereich von Bedeutung.

Fezer (Markenrecht**2 § 24 dMarkenG Rz 58a ff) wertet die Erschöpfung der Kennzeichenrechte als Ausnahmetatbestand gegenüber der Rechtsmacht des Kenzeicheninhabers, jedem Dritten Eingriffe in sein Markenrecht zu verbieten. Diesen Ausnahmetatbestand habe der Rechtsverletzer zu behaupten, darzulegen und zu beweisen. Dass eine Markenverletzung eine Drittbenutzung der Marke ohne Zustimmung des Inhabers der Marke verlange, stehe einer solchen Beweislastverteilung nicht entgegen. Dies sei keine negative Tatbestandsvoraussetzung, sondern die Wortwahl erkläre sich aus einer Orientierung an Art 5 und 7 MarkenRL. "Ohne Zustimmung" in § 14 Abs 2 dMarkenG bedeute nichts anderes als "unbefugt" in § 15 Abs 2 dMarkenG oder "widerrechtlich" in § 24 WZG. Der Unterlassungsanspruch setze nicht den Nachweis der Widerrechtlichkeit voraus; die Kennzeichenverletzung indiziere deren Rechtswidrigkeit (Fezer aaO § 24 dMarkenG Rz 58a; s auch ders, Wettbewerbsrechtlicher und markenrechtlicher Bestandsschutz funktionsfähiger Distributionssysteme selektiven Vertriebs vor Außenseiterwettbewerb, GRUR 1999, 99 [105 f]).Fezer (Markenrecht**2 Paragraph 24, dMarkenG Rz 58a ff) wertet die Erschöpfung der Kennzeichenrechte als Ausnahmetatbestand gegenüber der Rechtsmacht des Kenzeicheninhabers, jedem Dritten Eingriffe in sein Markenrecht zu verbieten. Diesen Ausnahmetatbestand habe der Rechtsverletzer zu behaupten, darzulegen und zu beweisen. Dass eine Markenverletzung eine Drittbenutzung der Marke ohne Zustimmung des Inhabers der Marke verlange, stehe einer solchen Beweislastverteilung nicht entgegen. Dies sei keine negative Tatbestandsvoraussetzung, sondern die Wortwahl erkläre sich aus einer Orientierung an Artikel 5 und 7 MarkenRL. "Ohne Zustimmung" in Paragraph 14, Absatz 2, dMarkenG bedeute nichts anderes als "unbefugt" in Paragraph 15, Absatz 2, dMarkenG oder "widerrechtlich" in Paragraph 24, WZG. Der Unterlassungsanspruch setze nicht den Nachweis der Widerrechtlichkeit voraus; die Kennzeichenverletzung indiziere deren Rechtswidrigkeit (Fezer aaO Paragraph 24, dMarkenG Rz 58a; s auch ders, Wettbewerbsrechtlicher und markenrechtlicher Bestandsschutz funktionsfähiger Distributionssysteme selektiven Vertriebs vor Außenseiterwettbewerb, GRUR 1999, 99 [105 f]).

Althammer/Ströbele/Klaka (aaO § 24 Rz 2) verweisen auf Lehrmeinungen, wonach eine Ausnahme (vom Verbreitungsrecht) derjenige zu beweisen habe, der sie in Anspruch nehme. Eine Darlegungspflicht für ausreichende Umstände, dass eine Ware ohne Zustimmung des Markeninhabers in den EWR gelangte, bleibe aber beim Kläger.Althammer/Ströbele/Klaka (aaO Paragraph 24, Rz 2) verweisen auf Lehrmeinungen, wonach eine Ausnahme (vom Verbreitungsrecht) derjenige zu beweisen habe, der sie in Anspruch nehme. Eine Darlegungspflicht für ausreichende Umstände, dass eine Ware ohne Zustimmung des Markeninhabers in den EWR gelangte, bleibe aber beim Kläger.

Ingerl/Ronke (Markengesetz § 24 dMarkenG Rz 15) halten es für dogmatisch fragwürdig, dem Beklagten die Beweislast für die Voraussetzungen der Erschöpfung aufzuerlegen. § 24 dMarkenG gestalte das Tatbestandsmerkmal "ohne Zustimmung" in § 14 Abs 2 dMarkenG näher aus, indem klargestellt werde, dass eine erneute Zustimmung des Inhabers nicht mehr erforderlich sei, wenn er sie erstmals erteilt habe. Der Markeninhaber habe immer darzulegen und zu beweisen, dass seine Markenrechte nicht erschöpft sind. Dies sei auch wegen der tatsächlichen Informationsmöglichkeiten angemessen, da es nur der Markeninhaber in der Hand habe, durch entsprechende

Markierungen und Aufzeichnungen zu dokumentieren, ob die Ware mit seiner Zustimmung erstmals im EWR in Verkehr gebracht worden ist. Der Beklagte könne hingegen in der Regel nur seinen unmittelbaren Vorlieferanten nennen. Auskunft über den weiteren Vertriebsweg könne der Markeninhaber nicht verlangen, solange nicht feststehe, dass die Markenrechte tatsächlich nicht erschöpft sind. Der Markeninhaber könne seiner Darlegungs- und Beweislast in der Regel dadurch nachkommen, dass er den Weg der Ware von der Produktion bis zu seinem ersten Abnehmer aufzeige. Er müsse auch darlegen und beweisen, dass er diesem rechtswirksam auferlegt habe, die Ware nicht in den EWR auszuführen. Könne er dieser Darlegungs- und Beweislast nachkommen, so habe der Beklagte zu beweisen, dass die weiteren Vertriebshandlungen doch mit Zustimmung des Markeninhabers erfolgt sind.Ingerl/Ronke (Markengesetz Paragraph 24, dMarkenG Rz 15) halten es für dogmatisch fragwürdig, dem Beklagten die Beweislast für die Voraussetzungen der Erschöpfung aufzuerlegen. Paragraph 24, dMarkenG gestalte das Tatbestandsmerkmal "ohne Zustimmung" in Paragraph 14, Absatz 2, dMarkenG näher aus, indem klargestellt werde, dass eine erneute Zustimmung des Inhabers nicht mehr erforderlich sei, wenn er sie erstmals erteilt habe. Der Markeninhaber habe immer darzulegen und zu beweisen, dass seine Markenrechte nicht erschöpft sind. Dies sei auch wegen der tatsächlichen Informationsmöglichkeiten angemessen, da es nur der Markeninhaber in der Hand habe, durch entsprechende Markierungen und Aufzeichnungen zu dokumentieren, ob die Ware mit seiner Zustimmung erstmals im EWR in Verkehr gebracht worden ist. Der Beklagte könne hingegen in der Regel nur seinen unmittelbaren Vorlieferanten nennen. Auskunft über den weiteren Vertriebsweg könne der Markeninhaber nicht verlangen, solange nicht feststehe, dass die Markenrechte tatsächlich nicht erschöpft sind. Der Markeninhaber könne seiner Darlegungs- und Beweislast in der Regel dadurch nachkommen, dass er den Weg der Ware von der Produktion bis zu seinem ersten Abnehmer aufzeige. Er müsse auch darlegen und beweisen, dass er diesem rechtswirksam auferlegt habe, die Ware nicht in den EWR auszuführen. Könne er dieser Darlegungs- und Beweislast nachkommen, so habe der Beklagte zu beweisen, dass die weiteren Vertriebshandlungen doch mit Zustimmung des Markeninhabers erfolgt sind.

Nach Meyer-Kessel (Die Darlegungs- und Beweislast im Rahmen des Erschöpfungseinwands nach § 24 MarkenG, GRUR 1997, 878) ist die fehlende Zustimmung des Markeninhabers eine haftungsbegründende Tatbestandsvoraussetzung des § 14 Abs 2 dMarkenG und daher von diesem zu beweisen. Die "Verletzung" des Zeichenrechts indiziere nicht deren Rechtswidrigkeit; rechtswidrig werde sie erst durch das Überschreiten von Ländergrenzen. Die Ware sei jedenfalls ursprünglich mit Zustimmung des Markeninhabers in den Verkehr gebracht worden. Dass diese Zustimmung gegenüber einigen Abnehmern nur regional erteilt wurde, könne nicht die Vermutung begründen, jede in Europa angebotene Markenware sei ohne Willen des Herstellers dorthin gelangt. Der Markeninhaber habe die für ihn günstige Tatsache zu beweisen, dass seine Zustimmung nur für den außereuropäischen Wirtschaftsraum gelten sollte.Nach Meyer-Kessel (Die Darlegungs- und Beweislast im Rahmen des Erschöpfungseinwands nach Paragraph 24, MarkenG, GRUR 1997, 878) ist die fehlende Zustimmung des Markeninhabers eine haftungsbegründende Tatbestandsvoraussetzung des Paragraph 14, Absatz 2, dMarkenG und daher von diesem zu beweisen. Die "Verletzung" des Zeichenrechts indiziere nicht deren Rechtswidrigkeit; rechtswidrig werde sie erst durch das Überschreiten von Ländergrenzen. Die Ware sei jedenfalls ursprünglich mit Zustimmung des Markeninhabers in den Verkehr gebracht worden. Dass diese Zustimmung gegenüber einigen Abnehmern nur regional erteilt wurde, könne nicht die Vermutung begründen, jede in Europa angebotene Markenware sei ohne Willen des Herstellers dorthin gelangt. Der Markeninhaber habe die für ihn günstige Tatsache zu beweisen, dass seine Zustimmung nur für den außereuropäischen Wirtschaftsraum gelten sollte.

Für die von Ingerl/Ronke (aaO) und Meyer-Kessel (aaO GRUR 1997, 879) vorgeschlagene Beweislastverteilung spricht, dass der Markeninhaber einem Dritten den Gebrauch der Marke nur verbieten kann, wenn dieser ohne seine Zustimmung erfolgt (Art 5 MarkenRL; § 10 MSchG; ebenso § 14 dMarkenG). "Ohne seine Zustimmung" muss - auch nach den Ausführungen Fezers (aaO) - jedenfalls dann als negatives Tatbestandsmerkmal gewertet werden, wenn das Fehlen der Zustimmung des Markeninhabers nicht schon durch den Gebrauch der Marke durch einen Dritten indiziert wird. Kein Indiz bildet der Vertrieb der Markenware durch einen Dritten beim Parallelimport von Original-Markenware und dies unterscheidet die damit allenfalls verbundene Markenverletzung von Urheber- und Patenteingriffen: Die Ware wird mit Wissen und Willen des Markeninhabers mit der Marke versehen und auch in den Verkehr gebracht. Der Parallelimporteur verändert weder die Ware noch die Marke. Zu einer Kennzeichenverletzung kann es nur kommen, weil nach dem derzeit geltenden Markenrecht nicht mehr der Grundsatz der weltweiten Erschöpfung, sondern der der bloß EWR-weiten Erschöpfung gilt. Ob in die Markenrechte eingegriffen wird, hängt davon ab, ob die Ware innerhalb des EWR in den Verkehr gebracht worden ist oder ob dies außerhalb des EWR geschehen ist und der Markeninhaber

einem Vertrieb dieser Ware (jedes Exemplars der Ware, für das die Erschöpfung geltend gemacht wird: EuGH ÖBl 1999, 308 - Sebago) im EWR nicht zugestimmt hat. Ein Inverkehrbringen außerhalb des EWR und das Fehlen der Zustimmung des Markeninhabers zu einem Vertrieb innerhalb des EWR kann bei einer vom Markeninhaber auch innerhalb des EWR in den Verkehr gebrachten Ware nicht schon dann vermutet werden, wenn Ware innerhalb des EWR vertrieben wird. Das Fehlen der Zustimmung des Markeninhabers ist demnach ein negatives Tatbestandsmerkmal, für das den Kläger die Behauptungs- und Beweislast trifft.Für die von Ingerl/Ronke (aaO) und Meyer-Kessel (aaO GRUR 1997, 879) vorgeschlagene Beweislastverteilung spricht, dass der Markeninhaber einem Dritten den Gebrauch der Marke nur verbieten kann, wenn dieser ohne seine Zustimmung erfolgt (Artikel 5, MarkenRL; Paragraph 10, MSchG; ebenso Paragraph 14, dMarkenG). "Ohne seine Zustimmung" muss - auch nach den Ausführungen Fezers (aaO) - jedenfalls dann als negatives Tatbestandsmerkmal gewertet werden, wenn das Fehlen der Zustimmung des Markeninhabers nicht schon durch den Gebrauch der Marke durch einen Dritten indiziert wird. Kein Indiz bildet der Vertrieb der Markenware durch einen Dritten beim Parallelimport von Original-Markenware und dies unterscheidet die damit allenfalls verbundene Markenverletzung von Urheber- und Patenteingriffen: Die Ware wird mit Wissen und Willen des Markeninhabers mit der Marke versehen und auch in den Verkehr gebracht. Der Parallelimporteur verändert weder die Ware noch die Marke. Zu einer Kennzeichenverletzung kann es nur kommen, weil nach dem derzeit geltenden Markenrecht nicht mehr der Grundsatz der weltweiten Erschöpfung, sondern der der bloß EWR-weiten Erschöpfung gilt. Ob in die Markenrechte eingegriffen wird, hängt davon ab, ob die Ware innerhalb des EWR in den Verkehr gebracht worden ist oder ob dies außerhalb des EWR geschehen ist und der Markeninhaber einem Vertrieb dieser Ware (jedes Exemplars der Ware, für das die Erschöpfung geltend gemacht wird: EuGH ÖBl 1999, 308 - Sebago) im EWR nicht zugestimmt hat. Ein Inverkehrbringen außerhalb des EWR und das Fehlen der Zustimmung des Markeninhabers zu einem Vertrieb innerhalb des EWR kann bei einer vom Markeninhaber auch innerhalb des EWR in den Verkehr gebrachten Ware nicht schon dann vermutet werden, wenn Ware innerhalb des EWR vertrieben wird. Das Fehlen der Zustimmung des Markeninhabers ist demnach ein negatives Tatbestandsmerkmal, für das den Kläger die Behauptungs- und Beweislast trifft.

Wie er diesen Beweis zu erbringen hat, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Es erscheint nicht in allen Fällen sachgerecht, vom Markeninhaber zu verlangen, er müsse den Weg der Ware von der Produktion bis zum ersten Abnehmer darlegen. Dieser Beweis ist bei Massenware, die nicht für bestimmte Länder erzeugt wird und daher auch nicht entsprechend gekennzeichnet werden kann, ausgeschlossen. In solchen Fällen wird es genügen, wenn der Markeninhaber die Existenz von Vertriebssystemen und deren Undurchlässigkeit beweist. Gelingt ihm dieser Beweis, so ist eine Markenverletzung indiziert, wenn die Ware nicht im Wege des (der) für den EWR eingerichteten Vertriebssystems(e) zum Beklagten gelangt ist. In einem solchen Fall ist es dann Sache des Beklagten, zu behaupten und zu beweisen, dass er doch über die Zustimmung des Markeninhabers verfügt.

Im vorliegenden Fall hat die Klägerin behauptet, dass weder sie noch die von ihr belieferten Unternehmen die von der Beklagten vertriebenen Brillen der Marke "BOSS Hugo Boss" innerhalb des EWR in den Verkehr gebracht hätten. Die Brillen seien außerhalb des EWR in den Verkehr gebracht worden. Bescheinigt hat die Klägerin, dass sie im Bereich des EWR über ein Netz von Vertriebsunternehmen verfügt, die die Beklagte nicht beliefert haben. Damit hat die Klägerin bescheinigt, dass die Brillen außerhalb des üblichen Vertriebswegs zur Beklagten gelangt sind. Das indiziert das Fehlen der Zustimmung der Klägerin zu einem Vertrieb der Brillen innerhalb des EWR. Bei dieser Sachlage hat die Beklagte zu bescheinigen, dass die für einen Vertrieb der Brillen innerhalb des EWR notwendige Zustimmung der Klägerin doch vorliegt.

Das Rekursgericht hat die Bescheinigungslast demnach richtig verteilt. Es hat auch zu Recht eine Ergänzung des Bescheinigungsverfahrens durch Vernehmung der von der Beklagten genannten Auskunftsperson aufgetragen. Dieses Bescheinigungsmittel ist nicht schon deshalb untauglich, weil die Beklagte ihre Vorlieferanten nicht zu nennen vermag. Es ist jedenfalls nicht ausgeschlossen, die für die Zulässigkeit des Parallelimports notwendige Zustimmung der Klägerin auch auf andere Weise zu bescheinigen.

Die vom Rekursgericht aufgetragene Vernehmung der Auskunftsperson auch zu der von der Beklagten geforderten Sicherheitsleistung ist entgegen der Auffassung der Klägerin keineswegs unzulässig. Das Gericht hat die Sicherheit zwar nach freiem Ermessen zu bestimmen (§ 390 Abs 1 und 2 EO); das schließt es aber nicht aus, zu Grund und Höhe der Sicherheit angebotene Bescheinigungen aufzunehmen.Die vom Rekursgericht aufgetragene Vernehmung der Auskunftsperson auch zu der von der Beklagten geforderten Sicherheitsleistung ist entgegen der Auffassung der

Klägerin keineswegs unzulässig. Das Gericht hat die Sicherheit zwar nach freiem Ermessen zu bestimmen (Paragraph 390, Absatz eins und 2 EO); das schließt es aber nicht aus, zu Grund und Höhe der Sicherheit angebotene Bescheinigungen aufzunehmen.

Beide Rekurse mussten erfolglos bleiben.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 78, 402 Abs 4 EO iVm§ 52 Abs 1 ZPO.Die Kostenentscheidung beruht auf Paragraphen 78,, 402 Absatz 4, EO in Verbindung mit Paragraph 52, Absatz eins, ZPO.

Anmerkung

E57020 04A00290

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2000:0040OB00029.00V.0215.000

Dokumentnummer

JJT_20000215_OGH0002_0040OB00029_00V0000_000

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, http://www.ogh.gv.at

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at