

Österreichische Blätter für

GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

ÖB1

Herausgeber Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz
und Urheberrecht

Chefredakteur Christian Schumacher

Redaktion Rainer Beetz, Reinhard Hinger

Ständige fachliche Mitarbeit Astrid Ablasser-Neuhuber, Christian Handig

November 2018

06

301 – 348

Beiträge

Wann droht eine Abschottung nationaler Märkte?

Wendelin Moritz ➔ 304

Neues zur Erzeugnisbezogenheit im Unionsdesign

Clemens Thiele ➔ 310

Aktuelle Entwicklungen

EU-Rechtsentwicklung ➔ 312

Rechtsprechung des EuGH/EuG in EUIPO-Verfahren ➔ 314

Rechtsprechung des Europäischen Patentamts ➔ 317

Rechtsprechung des OLG Wien in Patentsachen ➔ 318

Rechtsprechung des OLG Wien in Markenregisterverfahren ➔ 320

Leitsätze

Nr 33 – 35 ➔ 321

Rechtsprechung

Erste-Hilfe-Kästen – Veröffentlichung eines Unterlassungs-Urteils
„zehn Jahre danach“ Silke Graf ➔ 323

Davidoff – Verwendung einer Wortbildmarke im Webshop Dritter
Katharina Majchrzak ➔ 326

Paco Rabanne – Markenerschöpfung und Beweislast ➔ 327

Feuerschalen – Schutz als (Geschmacks)Muster
David Plasser ➔ 330

Isoflavon II – Angaben von Wirkstoffmengen auf Verpackung
und in Inseraten Michael Stadler ➔ 336

Ernst & Young/Konkurrenzerädet – Kündigung einer Kooperation
als Vollzug einer Fusion? Raoul Hoffer ➔ 340

NEU!
Rsp OLG Wien
Patentsachen

Wann droht eine Abschottung nationaler Märkte?

Zur Umkehr der Beweislast für die markenrechtliche Erschöpfung – anlässlich OGH 19. 4. 2018, 4 Ob 154/17 a, *Paco Rabanne*¹⁾

ÖBI 2018/91

§ 10 b MSchG

OGH 19. 4. 2018,
4 Ob 154/17 a,
Paco Rabanne

markenrechtliche
Erschöpfung;
Beweislast-
umkehr;
Markt-
abschottung;
Selektivvertrieb;
Alleinvertrieb

Der OGH verfeinert seine auf den EuGH zurückgehende Rsp zur Umkehr der Beweislast für die markenrechtliche Erschöpfung. Fundamentale Unterschiede zwischen echtem Alleinvertrieb und Selektivvertrieb mit wesentlicher Bedeutung für das Ausmaß der Gefahr einer Abschottung nationaler Märkte verdienen eine Erörterung.

Von Wendelin Moritz

Inhaltsübersicht:

- A. Ausgangslage: Beweis der markenrechtlichen Erschöpfung
- B. Wettbewerbsrechtliche Dimension dieser Beweislastverteilung
 - 1. Das Problem des Markeninhabers: Die Ware ist nicht dort, wo sie sein sollte
 - 2. Die unlängst ergangene E 4 Ob 154/17 a, *Paco Rabanne*
 - 3. Untersuchung und Würdigung der Entscheidungsgründe
- C. Zusammenfassung

A. Ausgangslage: Beweis der markenrechtlichen Erschöpfung

Ein Markeninhaber kann einem Dritten nicht verbieten, die Marke für Waren zu benutzen, die unter dieser Marke vom Markeninhaber oder mit seiner Zustimmung im EWR in den Verkehr gebracht worden sind.²⁾

Die Erschöpfung des Markenrechts ist nur auf Einwand des Bekl zu prüfen. Der Bekl hat dabei zu behaupten und zu beweisen, dass die betroffenen Waren vom Markeninhaber oder mit dessen Zustimmung im EWR auf den Markt gebracht wurden.³⁾

Wenn der Bekl aber behauptet und beweisen kann, dass seine Beweisführung die Gefahr einer Abschottung der Märkte innerhalb des EWR nach sich zöge, weil er dabei seine Bezugsquellen offenlegen müsste, dann kommt es zur Beweislastumkehr: In diesem Fall hat der Kl zu behaupten und zu beweisen, dass die betroffenen Waren erstmals außerhalb des EWR auf den Markt gebracht wurden. Gelingt dieser Beweis, müsste wiederum der Bekl die Zustimmung des Markeninhabers zu einem (weiteren) Inverkehrbringen im EWR beweisen.⁴⁾

B. Wettbewerbsrechtliche Dimension dieser Beweislastverteilung

1. Das Problem des Markeninhabers: Die Ware ist nicht dort, wo sie sein sollte

Die Frage, wer die markenrechtliche Erschöpfung zu beweisen hat, stellt sich häufig in der folgenden Kon-

stellation: Der Markeninhaber muss feststellen, dass sich seine Ware in den Regalen eines Händlers befindet, für den diese Ware nach dem Plan des Markeninhabers gar nicht erhältlich sein sollte. Etwa, weil der Markeninhaber ein selektives Vertriebssystem eingerichtet hat, das sich dadurch auszeichnet, dass die Ware nur von autorisierten Händlern vertrieben werden darf.

Da nun der Vertrieb von Waren auch dann nicht verboten ist, wenn man einem selektiven Vertriebssystem nicht angehört, und insb der bloße Warenbezug von einem autorisierten Händler und das damit verbundene Ausnutzen von dessen Vertragsbruch nicht unlauter sind, wird der Markeninhaber diesen Händler häufig markenrechtlich zu belangen versuchen.⁵⁾ Denn wenn der Import von außerhalb des EWR erfolgte, verletzt der Händler Markenrechte, die noch nicht erschöpft sind. Und andernfalls muss der Händler zumindest seine Bezugsquelle offenlegen, um die markenrechtliche Erschöpfung beweisen zu können und einer Prozessniederlage zu entgehen.

Im zweiten Falle befindet sich der markenrechtlich Belangte somit in einem Dilemma zwischen Prozessniederlage und Bezugsquellenpreisgabe. Und da die Preisgabe der Bezugsquelle in bestimmten Fällen auch dem Schutz des freien Warenverkehrs zuwiderliefe, ist mittlerweile anerkannt, dass ihn die Beweislast für die markenrechtliche Erschöpfung immer dann nicht trifft, wenn diese Beweislastverteilung „es den Markeninhabern ermöglichen könnte, die nationalen Märkte abzuschotten und damit die Beibehaltung von etwaigen Preisunterschieden zwischen den MS zu begünstigen“.⁶⁾

1) Siehe LS und E-Gründe in diesem Heft Seite 327, ÖBI 2018/100.

2) § 10 b Abs 1 MSchG.

3) RIS-Justiz RS0125253.

4) RIS-Justiz RS0125253.

5) Vgl zur Problematik aus Sicht des Markeninhabers im Detail *Moritz*, Der „verräterische“ Vertragshändler an der Schnittstelle von Marken- und Wettbewerbsrecht, ÖBI 2016/24, 102.

6) EuGH 8. 4. 2003, C-244/00, *van Doren*, Rn 37–39. Daran knüpft der oben zitierte RS0125253 an.

2. Die unlängst ergangene E 4 Ob 154/17 a, *Paco Rabanne*

Diese Konstellation lag auch der E 4 Ob 154/17 a zugrunde. Die Kl behauptete als Markeninhaberin ganz konkret, dass die Bekl Parfums in ihren Filialen verkauft habe, die für den ausschließlichen Vertrieb in Uruguay, Hongkong bzw Russland bestimmt gewesen seien. Außerdem verwies sie auf ihr selektives Vertriebssystem. Sie klagte auf Unterlassung und beantragte die Erlassung einer EV.

Die Bekl machte geltend, dass sie die Ware innerhalb des EWR bezogen habe und ihr versichert worden sei, dass die Ware im EWR verkehrsfähig sei. Sie könne ihre Lieferkette nicht offenlegen, weil sie ihre Bezugsquelle damit verlieren würde.

Das **ErstG** sah aufgrund des bestehenden selektiven Vertriebssystems⁷⁾ eine Gefahr der Marktabschottung, wenn die Beweislast nicht umgekehrt würde, verortete die Beweislast daher bei der Kl und wies den Sicherungsantrag mangels erfolgreicher Bescheinigung ab.

Das **RekG** war anderer Auffassung: Da nicht jedes selektive Vertriebssystem die Gefahr einer Marktabschottung begründe, bleibe die Bekl für die markenrechtliche Erschöpfung beweispflichtig. Da dieser Beweis nicht erbracht wurde, erließ es eine EV. Allerdings ließ es den oRevRek an den OGH zu, weil aus der E *Markenparfums*⁸⁾ allenfalls entnommen werden könnte, dass es beim Vorliegen eines selektiven Vertriebssystems jedenfalls zu einer Beweislastumkehr zu kommen habe.

Der **OGH** ließ den RevRek zu, gab ihm aber im Ergebnis keine Folge, sondern pflichtete dem RekG bei. Er nahm die E zum Anlass, unter Bezugnahme auf die E *Markenparfums*, zu konkretisieren, unter welchen Voraussetzungen es bei der Frage der markenrechtlichen Erschöpfung nun tatsächlich zu einer Beweislastumkehr wegen andernfalls drohender Marktabschottung kommt:

→ Zwar sei in der E *Markenparfums* ausgesprochen worden, dass die Gefahr einer Marktabschottung nicht zwingend ein ausschließliches Vertriebssystem voraussetze, sondern auch bei einem selektiven Vertriebssystem bestehen könne, wenn es den Vertriebspartnern vertraglich untersagt ist, ihre Produkte an Zwischenhändler außerhalb des Vertriebssystems zu verkaufen.

→ Allerdings reiche es für eine Beweislastumkehr nicht aus, das Vorliegen eines selektiven Vertriebssystems zu behaupten und zu beweisen. Vielmehr sei es die ohne Beweislastumkehr drohende Marktabschottung, die konkret zu behaupten und zu beweisen sei. Denn ein selektives Vertriebssystem könne, müsse aber nicht zu einer Marktabschottung führen.

3. Untersuchung und Würdigung der Entscheidungsgründe

Die zentrale Aussage ist die Folgende: Die ohne Beweislastumkehr drohende Marktabschottung ist konkret zu behaupten und zu beweisen, es reicht nicht aus, auf das Vorliegen einer bestimmten Vertriebsform

zu verweisen. Diese Aussage steht im Einklang mit der Rsp des EuGH und ist auch in der Sache nachvollziehbar und zu begrüßen. Bei genauer Analyse der E fallen die folgenden drei Punkte ins Auge.

a) Korrektur der E *Markenparfums*:

Der Senat sieht offenbar keinen Widerspruch zur E *Markenparfums*: „Wenn schließlich der Senat in 4 Ob 170/15 a ausgesprochen hat, dass ein selektives Vertriebssystem eine Marktabschottung bewirken kann, besagt dies nicht, dass dies stets der Fall sein muss.“⁹⁾

Tatsächlich wurde in *Markenparfums* Folgendes ausgesprochen (Fettdruck durch den Autor): „Die Gefahr einer Marktabschottung setzt nicht zwingend ein ausschließliches Vertriebssystem voraus, sie kann auch bei einem selektiven Vertriebssystem bestehen, wenn es den Vertriebspartnern vertraglich untersagt ist, ihre Produkte an Zwischenhändler außerhalb des Vertriebssystems zu verkaufen (BGH I ZR 52/10, Converse I, GRUR 2012, 626 [629]; Hacker in Ströbele/Hacker, Markengesetz¹¹ § 24 Rn 44 mwN).“¹⁰⁾

Das Verbot für die Vertriebspartner, ihre Produkte an Zwischenhändler außerhalb des Vertriebssystems zu verkaufen, ist nun aber gerade das wesentliche Definitionsmerkmal eines selektiven Vertriebssystems.¹¹⁾ Und da der OGH offenbar bereits das Verbot, Zwischenhändler außerhalb des Vertriebssystems zu beliefern, als die Gefahr einer Marktabschottung begründend qualifizierte, musste der Eindruck entstehen, der OGH sehe die Gefahr einer Marktabschottung schon im selektiven Vertriebssystem **an sich**.¹²⁾ Die Möglichkeit dieser (inhaltlich nicht richtigen) Interpretation sah offenbar auch das RekG, wenn es aus diesem Grund den oRevRek für zulässig erklärte.

In der nun vorliegenden E hat der OGH den RevRek zugelassen, um klarzustellen, dass das Vorliegen des selektiven Vertriebssystems **allein** und damit das bloße Verbot an die Mitglieder eines solchen Systems, Systemaußenseiter zu beliefern, für sich betrachtet für die Annahme einer drohenden Marktabschottung nicht ausreichen kann.

Diese Korrektur der in *Markenparfums* getätigten und oben zitierten missverständlichen Aussage, ist zu begrüßen.

b) Selektivvertrieb vs Alleinvertrieb: Wann droht nun eine Marktabschottung?

Es kommt also nur auf die **tatsächlich** drohende Marktabschottung an. Ja, der OGH meint nun sogar, dass der Frage, ob Alleinvertrieb oder Selektivvertrieb vorliege, zunächst keine eigenständige Bedeutung für die Beweislastverteilung für die markenrechtliche Er-

7) Vgl OGH 17. 11. 2015, 4 Ob 170/15 a, *Markenparfums*, ÖBI 2016/28 (Hinger).

8) OGH 17. 11. 2015, 4 Ob 170/15 a, *Markenparfums*, ÖBI 2016/28 (Hinger).

9) Pkt 3.3. (letzter Satz) der vorliegenden E.

10) Pkt 3.2. der E *Markenparfums*.

11) Vgl Art 1 Abs 1 lit e Vertikal-GVO 330/2010 ABIL 2010/102, 1. Ein Zyniker könnte der E *Markenparfums* daher die folgende Begründung unterstellen: „Die Gefahr einer Marktabschottung setzt nicht zwingend ein ausschließliches Vertriebssystem voraus, sie kann auch bei einem selektiven Vertriebssystem bestehen, wenn es ein selektives Vertriebssystem ist.“

12) Dazu ausführlich Moritz, ÖBI 2016, 102/24.

schöpfung mehr zukomme (Fettdruck durch den Autor): „Dass der Hersteller auf den betroffenen Vertragshändler einwirken und **weitere Verkäufe außerhalb des Vertriebssystems unterbinden würde, ist bei selektiven Vertriebssystemen und Alleinvertriebssystemen gleichermaßen zu erwarten. Insoweit ist daher zunächst kein Unterschied zu erkennen, der zu einer abweichenden Beurteilung der Beweislastfrage zwänge.**“¹³⁾

Dieser Fokus auf die **Verkäufe außerhalb des Vertriebssystems** legt ein nach wie vor bestehendes Missverständnis nahe, „von welcher Ecke“ eine Abschottung nationaler Märkte droht.

Die Gefahr für eine Marktabschottung ist in einem echten Alleinvertriebssystem schon naturgemäß signifikant höher als in einem selektiven Vertriebssystem. Denn es ist nicht das vom OGH oben bemühte Verbot von Verkäufen **außerhalb des Vertriebssystems**, das nationale Märkte abzuschotten so gut geeignet ist, sondern das Verbot von Verkäufen **außerhalb der zugewiesenen Verkaufsgebiete** (meist: MS). Und während Letzteres einen wesentlichen Bestandteil der meisten Alleinvertriebssysteme bildet, **darf** es im kartellrechtskonformen selektiven Vertriebssystem gar nicht vertraglich auferlegt werden. Dazu im Einzelnen:

- Der erste für das Ausmaß der Gefahr einer Marktabschottung entscheidende Unterschied zwischen einem selektiven Vertriebssystem und einem Alleinvertriebssystem ist der folgende: Querlieferungen innerhalb des selektiven Vertriebssystems, also von autorisierten Händlern an andere autorisierte Händler, dürfen nicht und können nicht wirksam untersagt werden.¹⁴⁾ Zur Durchsetzung des echten Alleinvertriebs **müssen** aktive Querlieferungen hingegen in der Regel untersagt werden: Denn nur so können die einzelnen alleinvertriebsberechtigten Abnehmer vor der Konkurrenz durch die anderen Abnehmer geschützt werden. Die Untersagung des aktiven Verkaufs in anderen Händlern ausschließlich zugewiesenen Gebiete ist daher auch kartellrechtlich zulässig.¹⁵⁾
- Der zweite für das Ausmaß der Gefahr einer Marktabschottung entscheidende Unterschied zwischen einem selektiven Vertriebssystem und einem Alleinvertriebssystem ist der folgende: Einem autorisierten Einzelhändler in einem selektiven Vertriebssystem dürfen keinerlei Beschränkungen des aktiven oder passiven Verkaufs an Endverbraucher auferlegt werden.¹⁶⁾ Hingegen kann Einzelhändlern, die im Rahmen eines Alleinvertriebssystems beliefert werden, der aktive Verkauf in Gebiete oder an Kundengruppen, die der Großhändler sich selbst vorbehalten oder ausschließlich einem anderen Einzelhändler zugewiesen hat, sehr wohl untersagt werden.¹⁷⁾

Beispiel

Ein konkretes Beispiel:

- Wenn ein Hersteller ein EU-weites Alleinvertriebssystem implementiert und in jedem MS einen Großhändler ernannt und ihm das Alleinvertriebsrecht vertraglich zusagt, dann muss der Hersteller zur Durchsetzung dieses Allein-

vertriebsrechts gleichzeitig jedem Großhändler vertraglich verbieten, in anderen MS ansässige Einzelhändler aktiv zu beliefern. Und in der Regel haben diese Großhändler dann einen großen Anreiz, ihren Abnehmern (Einzelhändlern) vertraglich zu verbieten, in anderen Verkaufsgebieten ansässige Endverbraucher aktiv zu beliefern.¹⁸⁾

- Dadurch droht eine Abschottung der nationalen Märkte. Denn den Großhändlern und den Einzelhändlern wird vertraglich verboten (und den Endverbrauchern damit faktisch erschwert), bestehende Preisunterschiede **aktiv** zu ihrem Vorteil auszunutzen und die Preisunterschiede dadurch einzuebnen.
- Wenn nun aber der Hersteller eines Tages in Erwägung zieht, den Großhändlern zusätzlich auch noch die Einrichtung eines selektiven Vertriebssystems in ihrem jeweiligen MS aufzutragen, dann wird er bei seiner Entscheidung berücksichtigen müssen, dass das vertragliche Verbot, in anderen MS ansässige Einzelhändler bzw Endverbraucher aktiv zu beliefern, in einem selektiven Vertriebssystem als Kernbeschränkung¹⁹⁾ nicht weiter haltbar sein wird. Der echte Alleinvertrieb ist daher mit dem Selektivvertrieb unvereinbar.
- Die Umstellung eines echten Alleinvertriebssystems auf ein selektives Vertriebssystem würde daher grenzüberschreitende Lieferungen erleichtern und die Gefahr einer Abschottung nationaler Märkte dadurch reduzieren. Denn ohne Untersagung aktiver Belieferungen von in anderen MS ansässigen Abnehmern (Einzelhändlern oder Endverbrauchern) gäbe es kein vertragliches Hindernis mehr, zwischen den MS bestehende Preisunterschiede aktiv zum eigenen Vorteil auszunutzen und die Preisunterschiede dadurch einzuebnen.
- Im Ergebnis kann daher in einem echten Alleinvertriebssystem bereits ein starkes Indiz für eine drohende Abschottung nationaler Märkte liegen, auch wenn Passivverkäufe in der Regel durchwegs zulässig zu bleiben haben.
- Diese Indizwirkung ändert zwar nichts daran, dass die Abschottung nationaler Märkte, welche die Beibehaltung bestehender Preisunterschiede begünstigt

13) Pkt 3.1. der vorliegenden E.

14) Art 4 lit d Vertikal-GVO 330/2010 ABI L 2010/102, 1. Das gilt für aktive und passive Verkäufe gleichermaßen, vgl *Nolte in Langen/Bunte*, Kartellrecht II¹³ (2018) Nach Art 101 AEUV, Rn 552 ff; sowie die Vertikal-Leitlinien der Kom (ABI C 2010/130, 1) Rn 58.

15) Art 4 lit b Nr (i) Vertikal-GVO 330/2010. Zum Aktivverkauf und Passivverkauf vgl die Vertikal-Leitlinien der Kom, Rn 51.

16) Art 4 lit c Vertikal-GVO 330/2010; vgl dazu im Detail *Nolte in Langen/Bunte*, Kartellrecht II¹³, Nach Art 101 AEUV, Rn 545 ff.

17) Art 4 lit b Nr (i) Vertikal-GVO 330/2010.

18) Der letzte Halbsatz der Ausnahme in Art 4 lit b Nr (i) verbietet es dem Hersteller, die Großhändler vertraglich dazu zu verpflichten, ihren Kunden (Einzelhändlern) Verkaufsbeschränkungen aufzuerlegen. Diese Bestimmung hindert die Großhändler aber nicht daran, dies aus eigenem Antrieb zu tun.

19) Art 4 lit d bzw lit c Vertikal-GVO 330/2010.

gen könnte, unabhängig von der Form des Vertriebs konkret zu behaupten und zu beweisen ist, um in den Genuss einer Beweislastumkehr für die markenrechtliche Erschöpfung zu gelangen, wie der OGH in der vorliegenden E zutreffend ausführt. Sie erscheint für das Verständnis des Phänomens der Marktabschottung aber dennoch hilfreich.

→ Hingegen wird die Information, dass ein Vertriebssystem **selektiv** ist, für sich alleine für die Antwort auf die Frage der Marktabschottung in aller Regel kaum relevant sein:

- Der OGH weist mit Recht darauf hin, dass eine drohende Marktabschottung auch unterhalb der kartellrechtlichen Verbotstatbestände vorliegen kann.²⁰⁾ Andernfalls gäbe es einen Anwendungsbereich für die Beweislastumkehr ja praktisch nur in Fällen, in denen Kartellrechtsverstöße vorliegen.²¹⁾
- Für den Bereich der selektiven Vertriebssysteme muss daran nun aber die grundlegende Erkenntnis anschließen, dass dort – anders als in anderen Vertriebssystemen – Aktivverkäufe an in anderen MS ansässige autorisierte Einzelhändler²²⁾ bzw Endverbraucher²³⁾ in jedem Fall zulässig bleiben müssen.
- Es ist deshalb gerade für das selektive Vertriebssystem so schwer vorstellbar, wie es zu einer Abschottung der nationalen Märkte kommen sollte.

c) Bestehende Preisunterschiede vs Marktabschottung

Was offen bleibt, ist das genaue Verhältnis zwischen bestehenden Preisunterschieden und einer Marktabschottung (Fettdruck durch den Autor): „Ziel der Beweislastumkehr ist es aber, die Durchsetzung eines Anspruchs zu verhindern, der der Warenverkehrsfreiheit in der Gemeinschaft zuwiderläuft (vgl BGH I ZR 137/10, Converse II, Rn 36). Unterfallen selektive Vertriebsbindungssysteme – ua aufgrund der Zulässigkeit von Querverlieferungen – der Vertikal-GVO, sind sie zwar kartellrechtlich zulässig; damit ist aber nicht gesagt, dass eine Beweislastumkehr nicht doch zum Schutz des freien Warenverkehrs nach Art 34 und 36 AEUV (BGH I ZR 99/11, Rn 4) erforderlich ist. Eine Beeinträchtigung des freien Warenverkehrs kann auch dann vorliegen, wenn die Schwelle zur kartellrechtlichen Unzulässigkeit noch nicht erreicht wurde. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist eine Beweislastumkehr wegen Marktabschottung nämlich deswegen geboten, weil das Markenrecht nicht dazu dienen soll, die Beibehaltung eventueller Preisunterschiede zwischen verschiedenen MS zu fördern (EuGH, C-427/93, Bristol-Myers Squibb ua, Rn 46; C-349/95, Loendersloot, Rn 23; C-244/00, van Doren).“²⁴⁾

Die oben fett gedruckte Passage gibt den EuGH nicht ganz präzise wieder. Der EuGH sagt Folgendes (Fettdruck erneut durch den Autor): „Die Erfordernisse des namentlich in den Artikeln 28 EG und 30 EG verankerten Schutzes des freien Warenverkehrs können jedoch eine Modifizierung dieser Beweisregel gebieten. Dies ist dann der Fall, wenn diese Regel es den Markeninhabern ermöglichen könnte, die nationalen Märkte

abzuschotten und damit die Beibehaltung von etwaigen Preisunterschieden zwischen den MS zu begünstigen (siehe in diesem Sinne Urteil vom 11. 11. 1997 in der Rs C-349/95, Loendersloot, Slg 1997, I-6227, Rn 23). Wie das vorlegende Gericht ausführt, besteht eine tatsächliche Gefahr der Abschottung der nationalen Märkte zB in Fällen, in denen der Markeninhaber wie im Ausgangsverfahren seine Waren im EWR über ein ausschließliches Vertriebssystem in den Verkehr bringt.“²⁵⁾

Die vorliegende OGH-E spricht also von Fällen, in denen Preisunterschiede zwischen den MS bestehen, deren Beibehaltung ohne Beweislastumkehr gefördert würde.

Der EuGH forderte eine Umkehr der Beweislast aber durchwegs nur in Fällen, in denen ansonsten die Beibehaltung solcher Preisunterschiede **durch eine drohende Abschottung der nationalen Märkte** gefördert worden wäre.

Im Erfordernis der drohenden Abschottung nationaler Märkte liegt ein bedeutsamer Unterschied:

→ Zwischen den MS bestehende Preisunterschiede führen dazu, dass es sich für den in einem bestimmten MS ansässigen Abnehmer (Einzelhändler oder Endverbraucher) lohnen kann, die Ware von einem in einem anderen MS ansässigen Anbieter (Großhändler bzw Einzelhändler) zu beziehen. Wenn keine vertraglichen Beschränkungen vorliegen, wird es daher zu grenzüberschreitenden Lieferungen kommen. Das Ausmaß dieser Lieferungen wird von den konkreten Umständen und zahlreichen tatsächlichen Faktoren abhängen, etwa dem Ausmaß der Preisunterschiede, der Lieferkosten etc.

→ Eine Abschottung der nationalen Märkte ist für das Bestehen von Preisunterschieden zwischen Märkten zwar in aller Regel hinreichend, aber keineswegs notwendig. Mit anderen Worten: Nationale Märkte, die voneinander abgeschottet sind, weisen in der

20) Pkt 3.2. der vorliegenden E: „Dies kann auch unterhalb der kartellrechtlichen Verbotstatbestände der Fall sein und auch bei selektiven Vertriebssystemen im Einzelfall gegeben sein. Um aber die Marktabschottung bejahen zu können, bedarf es konkreter Anhaltspunkte (vgl EuGH C-244/00, van Doren, Rn 40, wo von einer tatsächlichen Gefahr der Abschottung der nationalen Märkte die Rede ist).“

21) Man denke etwa an ein echtes Alleinvertriebssystem. Zulässig ist ja auch dort nur das Verbot von Aktivverkäufen in „fremde“ Gebiete, Passivverkäufe müssen hingegen unbeschränkt erlaubt bleiben. Wenn nun in einer bestimmten Branche die Gelegenheit zu grenzüberschreitenden Passivverkäufen von den Abnehmern (Einzelhändlern bzw Endverbrauchern) aus welchem Grunde auch immer nur sehr selten wahrgenommen wird, dann droht eine Abschottung nationaler Märkte (wenn sie nicht überhaupt schon vorliegt), obwohl das Vertriebssystem als solches nicht gegen Kartellrecht verstößt. In einem solchen Falle können Parallelimporte, mit welchen gegen vertragliche Bestimmungen verstoßen wird, wettbewerbspolitisch höchst erwünscht sein.

22) Als sog „Querlieferungen“ gem Art 4 lit d Vertikal-GVO 330/2010.

23) Art 4 lit c Vertikal-GVO 330/2010.

24) Pkt 3.2. der vorliegenden E.

25) EuGH 8. 4. 2003, C-244/00, van Doren, Rn 37–39. Vgl auch die dort zitierte E EuGH 11. 11. 1997, C-349/95, Loendersloot, Rn 23: „Das Markenrecht dient nämlich nicht dazu, den Markeninhabern die Möglichkeit zu geben, die nationalen Märkte abzuschotten und dadurch die Beibehaltung von Preisunterschieden zwischen den MS zu begünstigen (s Urteil Bristol-Myers Squibb ua, Rn 46).“ Vgl wiederum die dort zitierte E EuGH 11. 7. 1996, verb Rs C-427/93, C-429/93 und C-436/93, Bristol-Myers Squibb ua, Rn 46: „Das Markenrecht dient nämlich nicht dazu, den Markeninhabern die Möglichkeit zu geben, die nationalen Märkte abzuschotten und dadurch die Beibehaltung der eventuellen Preisunterschiede zwischen den MS zu fördern.“

Regel unterschiedliche Preisniveaus auf. Unterschiedliche Preisniveaus liegen aber auch vor, wenn die Märkte voneinander gar nicht abgeschottet, grenzüberschreitende Lieferungen daher problemlos möglich sind. Die Ursache für unterschiedliche Preisniveaus kann in solchen Fällen etwa in unterschiedlichen Verbraucherpräferenzen oder Händlerkosten liegen.

- Voneinander abgeschottet werden Märkte insb durch Vorschriften, etwa vertragliche Handelsverbote, **die Handelsbarrieren zwischen den Märkten errichten**. Ohne **Vertragsbruch** sind grenzüberschreitende Lieferungen, wie oben beschrieben, dann überhaupt nicht mehr möglich oder aber zumindest erheblich erschwert, etwa durch das Verbot von Aktivverkäufen. In einer solchen Situation kommt dennoch stattfindenden grenzüberschreitenden Importen, denen ein vorsätzlicher Vertragsbruch des Verkäufers zugrunde liegt, wettbewerbspolitisch eine wichtige Rolle zu, **weil (nur mehr) solche Importe die Aufrechterhaltung der unterschiedlichen Preisniveaus erschweren**. Der Verkäufer missachtet dabei ganz bewusst ihm von seinem Lieferanten auferlegte Verkaufsbeschränkungen, setzt also ein vertragswidriges und damit rechtswidriges Verhalten. Der Lieferant könnte vor Gericht erfolgreich die Unterlassung begehren, wäre ihm die Identität des vertragsbrüchigen Abnehmers bekannt.²⁶⁾
- Dieses Szenario hat der EuGH auch vor Augen, wenn er eine Beweislastumkehr zum Schutze der Warenverkehrsfreiheit für erforderlich erachtet:
 - Die Umkehr der Beweislast für die markenrechtliche Erschöpfung dient dem Zweck, die Bezugsquelle des Störers zu schützen: Der Störer soll als Bekl im markenrechtlichen Unterlassungsverfahren nicht gezwungen sein, die Identität seines Lieferanten zum Beweis der markenrechtlichen Erschöpfung offenzulegen. Denn der Markeninhaber würde die Bezugsquelle dann wohl zum Versiegen bringen, und dies aus seiner Sicht betrachtet völlig zu Recht, **die Rechtsordnung selbst gäbe ihm die Mittel dazu**.
 - Durch ihren Vertragsbruch hat die Bezugsquelle nun aber einen Warenimport ermöglicht, der die Grenzen zwischen abgeschotteten nationalen Märkten – innerhalb des EWR – überschritten hat. Einerseits liegt im Vertragsbruch ein grundsätzlich verpöntes, weil rechtswidriges Verhalten. Andererseits ist eine die Grenzen zwischen abgeschotteten nationalen Märkten innerhalb des EWR überschreitende Lieferung wettbewerbspolitisch höchst erwünscht, **sie verkörpert den primärrechtlich verankerten freien Warenverkehr**. Der EuGH möchte diese Art von Lieferungen schützen, indem er den markenrechtlichen Störer von seiner Last enthebt, die markenrechtliche Erschöpfung durch Inverkehrbringen der Ware innerhalb des EWR zu beweisen. Den Vertragsbruch und damit ein rechtswidriges Verhalten nimmt der EuGH dabei nicht nur in Kauf, **sondern schützt ihn sogar** und schafft damit erst die Grundlage für seine Fortsetzung. **Das ist bemerkenswert.**²⁷⁾ Denn es drängt sich die Frage (an den EuGH) auf, weshalb denn das europäische Wettbewerbsrecht ein „ausschließliches Vertriebssystem“²⁸⁾ überhaupt vom Kartellverbot freistellt,²⁹⁾ also erlaubt, wenn es offenbar derart schädlich ist und dem freien Warenverkehr zuwiderläuft, dass sich die Gerichte genötigt sehen, vorsätzliches rechtswidriges Verhalten (Vertragsbruch) aufgrund seiner Eignung, ein solches Vertriebssystem zu „durchlöchern“ und destabilisieren, nicht nur zu decken, sondern sogar für die Zukunft sicherzustellen.
- Was aber, wenn der grenzüberschreitende Warenbezug vertraglich in keiner Weise eingeschränkt ist, also insb auch nicht durch ein Verbot von Aktivverkäufen? Jene grenzüberschreitenden Lieferungen, denen ein Vertragsbruch des Verkäufers zugrunde liegt, verlieren dann ihre wettbewerbspolitische Bedeutung als „letzte Rettung“ des freien Warenverkehrs. **Damit verlieren sie aber auch ihre Schutzwürdigkeit**. Mit welcher Rechtfertigung soll der solchen Lieferungen zugrunde liegende Vertragsbruch von staatlichen Institutionen durch eine Beweislastumkehr geschützt und damit sogar für die Zukunft ermöglicht werden, wenn doch eine grenzüberschreitende Lieferung der Waren auch ohne rechtswidriges Verhalten auch auf aktivem Wege möglich ist (wenn auch durch andere Personen)?
- Im Ergebnis droht also eine für die Frage der Beweislastverteilung für die markenrechtliche Erschöpfung relevante Abschottung nationaler Märkte immer dann, wenn der grenzüberschreitende Bezug der betroffenen Ware vertraglich dermaßen eingeschränkt wird, etwa durch das für ein echtes Alleinvertriebssystem so wesentliche Verbot grenzüberschreitender Aktivverkäufe, dass ein auf rechtswidrigem Verhalten der Bezugsquelle beru-

26) Hier wird die Kartellrechtskonformität vorausgesetzt. Andernfalls sind die Verkaufsbeschränkungen unwirksam und der Hersteller (Lieferant) könnte den Exporteur nicht auf Unterlassung klagen. Der Exporteur als Bezugsquelle, die keine wirksamen Vertragsbestimmungen verletzt, wäre dann noch schutzwürdiger, der Markeninhaber, dessen Vertriebssystem gegen Kartellrecht verstößt, noch weniger schutzwürdig, weshalb die Beweislastumkehr umso gerechtfertigter wäre.

27) Bemerkenswert ist dabei freilich noch ein weiterer – unvermeidbarer – **Kollateralschaden**: Der EuGH nimmt nicht nur den Vertragsbruch durch die Bezugsquelle des Störers in Kauf (und ermöglicht seine Wiederholung in der Zukunft), sondern auch das mögliche Szenario, in dem der Störer den Beweis der markenrechtlichen Erschöpfung gar nicht erbringen hätte **können**, weil die markenrechtliche Erschöpfung **nach gar nicht eingetreten war**. Denn wenn der Störer Ware importiert hat, die im EWR tatsächlich noch gar nicht mit Zustimmung des Markeninhabers in Verkehr gebracht worden war, und auf Seiten des Markeninhabers aus welchem Grund auch immer ein Beweisnotstand herrscht, dann wird die dem Schutz der Bezugsquelle und des freien Warenverkehrs dienende Beweislastumkehr nicht nur einen Vertragsbruch decken, **sondern auch einen Eingriff in Markenrechte**. Und noch wichtiger: **In diesem durchaus möglichen Szenario hätte die Umkehr der Beweislast schlussendlich gar nicht dem freien Warenverkehr innerhalb des EWR gedient**. Gleichzeitig ist ein solches Szenario aufgrund des angenommenen Beweisnotstands dann auch gar nicht als solches erkennbar.

28) Vgl das Zitat aus EuGH 8. 4. 2003, C-244/00, *van Doren*, Rn 37 – 39, in Abs 2 dieses Abschnitts.

29) Art 4 lit b Nr (i) Vertikal-GVO 330/2010. Vgl auch den zutreffenden Hinweis des OGH in Pkt 3.2. der vorliegenden E, wonach ein Verstoß gegen Kartellrecht für eine drohende Abschottung nationaler Märkte, die eine Beweislastumkehr nach sich zieht, nicht erforderlich ist.

hender „Parallelimport“ als „letzte Rettung“ für den freien Warenverkehr und deshalb als schutzwürdig erachtet werden muss.

C. Zusammenfassung

Wer markenrechtlich belangt wird und im Zuge des Verfahrens die markenrechtliche Erschöpfung behauptet, diese aber nicht beweisen möchte, um den Bezugsweg nicht offenlegen zu müssen, der muss nachweisen, dass durch seine Beweisführung tatsächlich eine Abschottung nationaler Märkte drohen würde, welche die Beibehaltung von Preisunterschieden fördern könnte. Der Nachweis einer drohenden Marktabschottung ist nicht bereits mit dem Nachweis eines bestimmten Vertriebssystems gelungen. Das ist mit der vorliegenden E höchstgerichtlich bestätigt.

Dass der Bekl eine drohende Marktabschottung erfolgreich nachweisen kann, ist bei Vorliegen eines echten Alleinvertriebssystems signifikant wahrscheinlicher als bei Vorliegen eines selektiven Vertriebssystems.

Am bloßen Verbot an die autorisierten Vertragshändler, die Vertragsware an außerhalb des Vertriebsnetzes stehende Händler, also an „Außenseiter“, zu verkaufen, kann die Gefahr einer Abschottung von Märkten nicht festgemacht werden, auch wenn der Intra-Brand-Wettbewerb dadurch geschwächt wird. Denn grenzüberschreitende Lieferungen werden damit nicht behindert, und zwar auch nicht in Form von Aktivverkäufen. Und wer nationale Märkte voneinander abschotten möchte, wird an vorderster Stelle jene Lieferungen der Vertragsware verbieten oder – falls ein Verbot Kartellrecht verletzt – erschweren, welche die Grenzen zwischen diesen Märkten überschreiten würden.

→ In Kürze

- Die Beweislast für die markenrechtliche Erschöpfung wird nicht schon deshalb umgekehrt, weil ein selektives Vertriebssystem vorliegt, sondern nur, wenn ohne Beweislastumkehr eine Abschottung nationaler Märkte, welche die Beibehaltung von Preisunterschieden begünstigen könnte, tatsächlich drohen würde. Dies hat der OGH in 4 Ob 154/17 a nun bestätigt.
- Ein echtes Alleinvertriebssystem ist dabei signifikant anfälliger für eine Beweislastumkehr als ein selektives Vertriebssystem. Denn entscheidend für die Eignung zur Abschottung nationaler Märkte ist, in welchem Ausmaß grenzüberschreitende Lieferungen behindert werden.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Wendelin Moritz ist Rechtsanwalt mit einem Schwerpunkt im Vertriebs- und Wettbewerbsrecht bei Schneider & Schneider. 2016 hat er den Blog „Wir vermessen Vertriebsrecht“ ins Leben gerufen: www.vertriebsrecht-vermessen.at
 Kontaktadresse: Schneider & Schneider, Stephansplatz 8 a, 1010 Wien
 Tel.: +43 (1) 533 51 01
 Fax: +43 (1) 535 26 65
 E-Mail: law@schneiderschneider.at
 Internet: www.schneiderschneider.at

Vom selben Autor erschienen:

Der „verräterische“ Vertragshändler an der Schnittstelle zwischen Marken- und Wettbewerbsrecht, ÖBI 2016, 102;
 Drittplattformverbote in qualitativ selektiven Vertriebssystemen, wbl 2016, 477;
 Drittplattformverbote in quantitativ selektiven Vertriebssystemen, wbl 2016, 549;
 Das Verbot von Drittplattformen im Selektivvertrieb – Ergänzung zu Rohrßen, ZVertriebsR 2016, 278 („Coty Germany“), ZVertriebsR 2017, 31;
 Beendigungsansprüche eines Vertragshändlers in Österreich – eine Bestandaufnahme, ZVertriebsR 2017, 143;
 Anmerkung zu OGH 1. 3. 2017, 5 Ob 72/16y, ZVertriebsR 2017, 397;
 Der international-zwingende Charakter des Ausgleichsanspruchs, wbl 2018, 1.

Hinweis:

Zur Entscheidung OGH 19. 4. 2018, 4 Ob 154/17 a, *Paco Rabanne* siehe in diesem Heft Seite 327, ÖBI 2018/100.

→ Literatur-Tipp



Kucsko, Markenschutzgesetz, 3. Auflage (2014)

MANZ Bestellservice:

Tel: (01) 531 61–100
 Fax: (01) 531 61–455
 E-Mail: bestellen@manz.at
 Besuchen Sie unseren Webshop unter www.manz.at



VEREINIGUNG
 ÖSTERREICHISCHER
 UNTERNEHMENSJURISTEN

Unabhängig,
 branchenübergreifend,
 einzigartig.

„In Zeiten verstärkter Fokussierung auf Bereiche wie Aufsicht, Betrugs- und Korruptionsbekämpfung, Compliance sowie Risikomanagement ist es notwendig, den Stellenwert der UnternehmensjuristInnen als Geschäftsmöglicher und Teil des Managements zu steigern.“

MAG. SUSANNE HOCHWARTER,
 Gründerin von lawyers & more

Näheres über die Ziele der VUJ unter
www.vereinigung-unternehmensjuristen.at

Jetzt Mitglied werden und mitgestalten!