
Die markenrechtliche Beurteilung von Parallelimporten im EG-Recht

Christoph Spennemann*

Der folgende Beitrag gibt zunächst einen detaillierten Überblick der Rechtsprechung des EuGH zur Interessenkollision von Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 EGV) und Markenschutz innerhalb der EU. Anschließend setzt er sich kritisch mit den in der Literatur zum Problem der internationalen Erschöpfung vertretenen Ansichten sowie mit dem *Silhouette*-Urteil des EuGH auseinander. In diesem Zusammenhang wird insbesondere auf die Frage eingegangen, ob, wie vom EuGH sowie Teilen der Literatur vertreten, ein EU-weiter Ausschluss der internationalen Erschöpfung dem Binnenmarktprinzip förderlich ist. Außerdem werden Überlegungen zu einer eventuellen Funktionsänderung der Marke angestellt, bevor zum Schluss die Bedeutung des momentan anhängigen Vorabentscheidungsverfahrens *Zino Davidoff* erläutert wird.

Inhalt

| | |
|---|-----|
| A. Einleitung: Der Begriff der Parallelimporte | 501 |
| B. Die markenrechtliche Beurteilung von Parallelimporten im EG-Recht | 504 |
| I. Die Rechtsprechung in einzelnen europäischen Staaten vor Erlass der Markenrichtlinie | 504 |
| II. Die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 28 und 30 EGV | 505 |
| III. Die Erste Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken | 512 |
| IV. Die Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Europäische Gemeinschaftsmarke | 513 |
| V. Die Rechtsprechung des EuGH in Zusammenhang mit der Markenrichtlinie | 514 |

* Assessor iur., LL.M., wissenschaftlicher Mitarbeiter, Universität Genf.

| | | |
|-------|---|-----|
| VI. | Vergleich der Rechtsprechung des EuGH mit dem Wortlaut des Art. 7 MRiL | 521 |
| VII. | Wen trifft die Beweislast für die Erschöpfung? | 523 |
| 1. | Die Karate-Entscheidung des BGH | 523 |
| 2. | Die Stüssy-Entscheidung des BGH | 524 |
| 3. | Die BOSS Eyewear-Entscheidung des OGH | 524 |
| 4. | Stellungnahme zur Frage der Beweislastverteilung | 525 |
| VIII. | Das Problem der Auslegung des Art. 7 Abs. 1 MRiL: Maximalvorschrift oder Minimalstandard ? | 527 |
| 1. | Die Reaktionen auf die MRiL in einzelnen europäischen Staaten | 527 |
| a) | Deutschland | 527 |
| (1) | Die Rechtsprechung | 527 |
| (2) | Die Literatur | 529 |
| b) | Schweiz | 534 |
| c) | Schweden | 535 |
| d) | Österreich und Dänemark | 535 |
| 2. | Die Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshofes (Maglite) | 535 |
| 3. | Die Rechtsprechung des EuGH (Silhouette) | 537 |
| 4. | Stellungnahme zur Auslegung von Art. 7 Abs. 1 MRiL | 540 |
| 5. | Die Entwicklung seit Silhouette | 551 |
| a) | Die weitere einschlägige Rechtsprechung | 552 |
| (1) | Sebago | 552 |
| (2) | Zino Davidoff | 553 |
| b) | Die Position der EG-Kommission | 556 |
| C. | Ergebnis | 558 |

A. Einleitung: Der Begriff der Parallelimporte

Als „Parallelimporte“ werden Einführen von Waren oder Dienstleistungen bezeichnet, die ein Dritter parallel zu einem von dem Inhaber eines Schutzrechts – z.B. einer Marke oder eines Patents – vertraglich vereinbarten Vertriebssystem vornimmt.¹ Bei dem Problem der rechtlichen Zulässigkeit von Parallelimporten geht es um die Frage, ob der Inhaber eines inländischen Schutzrechts den nicht genehmigten Import sowie die Vermarktung von geschützten Produkten aufgrund dieses Schutzrechts verhindern kann, wenn er selbst die Produkte erstmals im Ausland in den Verkehr gebracht hat oder einer solchen Erstinverkehrsetzung im Ausland durch einen Dritten² zugestimmt hat oder diese Erstinverkehrsetzung durch ein mit dem Schutzrechtsinhaber wirtschaftlich verbundenes Unternehmen erfolgte³.

Dieses Problem tritt dann ein, wenn ein Dritter das geschützte Produkt angesichts der Preisunterschiede zwischen zwei Staaten zu einem geringeren Preis in dem einen Land aufkauft und anschließend in das andere Land einführt, um es dort teurer zu verkaufen. Aufgrund des geringen Ankaufspreises im Niedrigpreisland kann es sich der Dritte leisten, die Produkte im Hochpreisland zwar gewinnbringend, aber immer noch preiswerter zu verkaufen, als es der Schutzrechtsinhaber selbst dort geplant hat.

Abzugrenzen ist diese Einfuhr von Originalprodukten von Fälschungen, bei denen jemand z.B. eine für jemand anderen eingetragene Marke für seine eigenen Produkte benutzt und auf diese Weise den Verbraucher über die Herkunft der Ware oder Dienstleistung täuscht. Die Möglichkeit der Berufung auf das jeweilige Schutzrecht gegen derartige Fälschungen ist international unumstritten.⁴ Ebenso unstreitig ist der Fall der Erstinverkehrsetzung im Inland: diese führt zur sog. Erschöpfung des ausschließlichen Rechts auf wirtschaftliche Nutzung des geschützten Produkts.⁵ Die Lehre von der Erschöpfung der gewerblichen Schutzrechte, oder genauer, von der Erschöpfung des ausschließlichen Rechts zur Inverkehr-

¹ Vgl. die detaillierte Darstellung unterschiedlicher Vertriebssysteme bei *Beier*, Territorialität des Markenrechts und internationaler Wirtschaftsverkehr, GRUR Int. 1968, S. 8 (8 f.).

² Z.B. durch eine vom Schutzrechtsinhaber abhängige Tochtergesellschaft, vgl. *Cottier/Stucki*, Parallelimporte im Patent-, Urheber- und Muster- und Modellrecht aus europarechtlicher und völkerrechtlicher Sicht in *Dutoit* (Hrsg.), *Conflits entre importations parallèles et propriété intellectuelle?*, Librairie Droz, Genf 1996, S. 29 (32); *Beier*, (Fn. 1), S. 8.

³ Für diesen Zusatz *Beier*, Gewerblicher Rechtsschutz und freier Warenverkehr im europäischen Binnenmarkt und im Verkehr mit Drittstaaten, GRUR Int. 1989, S. 603 (611), Fn. 51, mit dem Hinweis, dass ansonsten die Fälle des Inverkehrbringens durch eine gegenüber dem Schutzrechtsinhaber nicht weisungsgebundene Schwestergesellschaft aus der gleichen Unternehmensgruppe nicht erfasst würden); ebenso bereits EuGH vom 9.2.1982, Rs. 270/80, Slg. 1971, S. 487 (500), (*Polydor Ltd. u.a./Harlequin Record Shops Ltd. u. a.*).

⁴ Vgl. *Cottier/Stucki*, (Fn. 2), S. 32.

⁵ Vgl. *Heath*, Parallel Imports and International Trade, IIC 28 (1997), S. 623 (623).

setzung eines geschützten Produkts, welches lediglich einen Aspekt eines gewerblichen Schutzrechts darstellt,⁶ geht auf eine Entscheidung des deutschen Reichsgerichts im Bereich des Warenzeichenrechts zurück.⁷ Das RG legte das damalige Warenzeichengesetz so aus, dass der Zeicheninhaber sein Recht auf alleinige Vermarktung mit dem ersten Inverkehrbringen ausgeübt und es damit „erschöpft“ oder „verbraucht“ habe.⁸

So bestimmt auch § 14 Abs. 3 Nr. 2 des deutschen Markengesetzes (MarkenG),⁹ dass dem Markeninhaber das ausschließliche Recht zusteht, Waren unter dem geschützten Zeichen in den Verkehr zu bringen (Erstinverkehrsetzung). Hat der Markeninhaber dieses Recht innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraumes (EWR) wahrgenommen, schreibt § 24 Abs. 1 MarkenG vor, dass auch Dritte grundsätzlich diese Waren unter der geschützten Marke vertreiben dürfen. Das ausschließliche Recht des Markeninhabers zur Vertreibung ist also nach der ersten Inverkehrsetzung erschöpft, d.h. der EWR wird insoweit dem Inland gleichgestellt.

Problematisch ist folglich die Frage, welche Rechte dem Inhaber eines inländischen Schutzrechts zustehen, nachdem er von seinem ausschließlichen Recht auf Erstinverkehrsetzung durch Vermarktung seines Produkts im Ausland Gebrauch gemacht hat.

Die Antwort auf diese Frage hängt davon ab, ob man von einer nationalen, internationalen oder regionalen Erschöpfung des Schutzrechts ausgeht.

Die „Doktrin der nationalen Erschöpfung“ macht den Verbrauch eines Schutzrechts von dem im gewerblichen Rechtsschutz international anerkannten¹⁰ Territorialitätsprinzip abhängig. Gemäß diesem Prinzip richtet sich der Umfang eines Schutzrechts nach dem Recht des Staates, in dem Schutz begehrt wird.¹¹ Der Schutz beschränkt sich auf das Territorium dieses Staates, so dass Handlungen, die innerhalb dieses Gebietes eine Verletzung des Rechts darstellen würden, dasselbe Recht nicht berühren, wenn sie im Ausland erfolgen.¹² Nach der „Theorie der nationalen Erschöpfung“ folgt aus dieser Unabhängigkeit nationaler Schutzrechte

⁶ Vgl. *Cottier/Stucki*, (Fn. 2), S. 36.

⁷ RG, in RGZ 50, 229 (*Kölnisch Wasser*); ebenso für das Patentrecht: RG, in RGZ 51, 139 (*Guajakol-Karbonat*) sowie für das Urheberrecht: RG, in RGZ 63, 394 (*Königs Kursbuch*).

⁸ Zitiert bei *Beier*, (Fn. 1), S. 10, rechte Spalte.

⁹ Verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Reform des Markenrechts und zur Umsetzung der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21.12.1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken vom 25.10.1994, BGBl. I, S. 3082.

¹⁰ *Beier*, Zur Zulässigkeit von Parallelimporten patentierter Erzeugnisse, GRUR Int. 1996, S. 1 (5), unter II 1; *ders.*, (Fn. 1), S. 13, linke Spalte; *Troller*, Markenrecht und Landesgrenzen, GRUR Int. 1967, S. 261 (267, unter 3).

¹¹ Im Markenrecht durch Eintragung oder Benutzung oder notorische Bekanntheit, vgl. z.B. § 4 MarkenG.

¹² *Beier*, (Fn. 1), S. 12, linke Spalte.

voneinander, dass für die Frage der Erschöpfung eines Schutzrechts ausschließlich die tatsächlichen Geschehnisse im Inland von Bedeutung sind, so dass die Erstinverkehrsetzung im Ausland einer solchen im Inland nicht gleichgesetzt werden kann. Deshalb wird in diesem Fall das aus dem Schutzrecht folgende ausschließliche Recht zur Erstinverkehrsetzung nicht erschöpft. Dieses Recht wird vielmehr durch die fraglichen Parallelimporte verletzt und kann deshalb vom Rechtsinhaber zur Verhinderung dieser Einfuhren benutzt werden.¹³

Nach der „Theorie der internationalen Erschöpfung“ dagegen hat das Territorialitätsprinzip keinerlei Einfluss auf die Erschöpfung eines Schutzrechts. Diese Lehre unterscheidet zwischen rechtlichen (ausländischen) Verhältnissen einerseits und tatsächlichen (ausländischen) Geschehnissen andererseits. Während unstrittig aus dem Territorialitätsprinzip hervorgeht, dass Inhalt und Bestand von Schutzrechten in verschiedenen Staaten unabhängig voneinander sind (s.o.), die ausländische Schutzrechtssituation auf die inländische also grundsätzlich keinen Einfluss hat,¹⁴ schließt dies nach o.g. Theorie nicht aus, dass das inländische Recht rein tatsächliche Verhältnisse im Ausland, nämlich das dortige Erstinverkehrsetzen der geschützten Ware, berücksichtigt¹⁵. Dies sei ausschließlich eine Frage des inländischen Rechts.¹⁶ Wenn dieses anordne, der Weitervertrieb der vom Rechtsinhaber in den Verkehr gesetzten Produkte durch Dritte sei keine Schutzrechtsverletzung,¹⁷ dann gelte dies unabhängig davon, ob diese Erstvermarktung im In- oder Ausland stattgefunden habe, da die Vermarktung einen einheitlichen, nicht willkürlich zu trennenden Sachverhalt darstelle.¹⁸ Das Markenrecht z.B. schütze die Herkunftsfunktion der Marke, die jedoch durch eine Erstvermarktung im Ausland nicht beeinträchtigt werde.¹⁹ Außerdem würden in anderen Bereichen des geistigen Eigentumsrechts ausländische Sachverhalte als völlig selbstverständlich berücksichtigt: so ziehe die Schaffung eines urheberrechtlich relevanten Werkes in Frankreich die automatische Entstehung eines entsprechenden Urheberrechts in über 100 Staaten der Welt nach sich, und so führe auch die Veröffentlichung einer

13 So z.B. *Troller*, Die territoriale Unabhängigkeit der Markenrechte im Warenverkehr, GRUR Int. 1960, S. 244 (246, rechte Spalte); *ders.*, (Fn. 10), S. 268, wo er eine Abänderung dieser Regel von einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung abhängig macht.

14 *Beier*, (Fn. 1), S. 12, rechte Spalte.

15 So grundlegend *Beier*, (Fn. 1), S. 12 f.; *Cottier*, Das Problem der Parallelimporte im Freihandelsabkommen Schweiz-EG und im Recht WTO-GATT. Ein Beitrag zur Auslegung des schweizerischen Markenrechts, 1. Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht 1995, S. 37 (41); *Ebenroth*, Gewerblicher Rechtsschutz und europäische Warenverkehrsfreiheit: ein Beitrag zur Erschöpfung gewerblicher Schutzrechte, Rdnr. 19.

16 *Ebenroth*, (Fn. 15), Rdnr. 19.

17 So z.B. § 24 Abs. 1 MarkenG.

18 *Beier*, (Fn. 1), S. 13, linke Spalte.

19 *Ebenroth*, (Fn. 15), Rdnr. 19.

Erfindung in den USA zur Unmöglichkeit der Patentierbarkeit derselben Erfahrung in einem anderen Land.²⁰

Die o.g. „Theorie der internationalen Erschöpfung“ stellt also die Erstvermarktung im Ausland derjenigen im Inland gleich.²¹ Folglich wird dadurch das ausschließliche Recht auf Erstinverkehrsetzung erschöpft, so dass es anschließend etwaigen Parallelimporten nicht mehr entgegengehalten werden kann, diese also zulässig sind.

Die „regionale“ Erschöpfung schließlich ist eine multilateral vereinbarte Ausdehnung der territorialen Erschöpfung auf zwei oder mehr Staaten, so dass es für die Frage der Erschöpfung von entscheidender Bedeutung ist, ob die Erstinverkehrsetzung in einem Mitgliedstaat des Abkommens erfolgte.²² Während Parallelimporte aus Drittstaaten vom Inhaber eines mitgliedstaatlichen Schutzrechts verhindert werden können, ist dies bei solchen Einfuhren aus anderen Mitgliedstaaten wegen der Erschöpfung des Schutzrechts nicht möglich. Der andere Mitgliedstaat, in dem die Erstinverkehrsetzung erfolgte, wird schutzrechtlich wie Inland behandelt.

B. Die markenrechtliche Beurteilung von Parallelimporten im EG-Recht

I. Die Rechtsprechung in einzelnen europäischen Staaten vor Erlass der Markenrichtlinie

Bei Betrachtung der höchstrichterlichen Rechtsprechung in einzelnen europäischen Staaten fällt auf, dass im Bereich des Markenrechts von einer internationalen Erschöpfung ausgegangen wurde.²³ Dies wurde regelmäßig damit begründet, dass es der Hauptzweck des Markenrechts sei, auf die Herkunft der gekennzeichneten Produkte aus einem bestimmten Unternehmen hinzuweisen (Herkunftsfunction).²⁴ Dadurch solle eine Täuschung der Verbraucher über die Herkunft vermieden und zugleich verhindert werden, dass ein Dritter sich den in der Marke verkörperten Firmenwert („goodwill“) unverdientermaßen zu eigen mache²⁵. Das

²⁰ *Jehoram*, International Exhaustion versus Importation Right: a Murky Area of Intellectual Property Law, GRUR Int. 1996, S. 280 (281, rechte Spalte).

²¹ Für die Rechtsprechung bereits grundlegend RG, in RGZ 51, S. 263 (*Mariani*), in Übertragung der *Kölisch Wäser*-Entscheidung, s.o., (Fn. 7) auf Erstvermarktungen im Ausland.

²² Vgl. *Cottier/Stucki*, (Fn. 2), S. 36.

²³ So schon das deutsche RG in seiner *Mariani*-Entscheidung, s.o., (Fn. 21).

²⁴ So z.B. BGH vom 2.2.1973, GRUR Int. 1973, S. 562 (564) (*Cinzano*).

²⁵ *Beier*, (Fn. 1), S. 13.

Warenzeichen sei deshalb „nichts anderes als ein Hinweis auf die betriebliche Herkunft und Qualität der Ware“²⁶. Deshalb ermögliche das aus der Marke folgende ausschließliche Benutzungsrecht es dem Markeninhaber, gegen die Benutzung seiner Marke für fremde Waren vorzugehen.²⁷

Dagegen sei es nicht Ziel des Markenrechts, dem Markeninhaber eine Aufteilung der Absatzmärkte zwecks Preisdifferenzierung in Hoch- und Niedrigpreisländer zu ermöglichen (Vertriebssteuerung).²⁸ Der Alleinvertrieb der Markenware nach dem ersten Inverkehrsetzen sei nicht vom Markenschutz umfasst.²⁹

Folglich war nach diesen Rechtsprechungen der Parallelimport von Originalware zulässig. Das inländische Markenrecht war nicht verletzt, weil eine Täuschung der Verbraucher über die Herkunft der Ware nicht vorlag. Ebensowenig bedienten sich die Parallelimporteure des Firmenwertes der Marke für Produkte, die nicht vom Markeninhaber stammten.³⁰ Da also in der Regel die Herkunftsfunktion durch Parallelimporte von Originalware nach angeführter Rechtsprechung nicht beeinträchtigt wurde, diese Funktion aber gleichzeitig nach damaligem Verständnis den alleinigen Zweck des Markenschutzes darstellte, gab es keinen Grund, gegen Einführen solcher Art vorzugehen. Folglich konnte die Erstinverkehrsetzung markengeschützter Ware im Ausland derjenigen im Inland gleichgestellt werden.

II. Die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 28 und 30 EGV³¹

Während Art. 28 EGV mengenmäßige Einführbeschränkungen sowie Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen Mitgliedstaaten der EU verbietet, beinhaltet Art. 30 Satz 1 EGV eine Ausnahme vom Prinzip des freien Warenverkehrs zugunsten des Schutzes u.a. „des gewerblichen und kommerziellen Eigentums“. Bezüglich des Warenzeichenrechts ist es umstritten, dass dieses unter „gewerbliches und

²⁶ BGH vom 22.1.1964, GRUR Int. 1964, S. 202 (203) (*Maja*).

²⁷ *Beier*, (Fn. 1), S. 13.

²⁸ Vgl. BGH *Cinzano*, (Fn. 24), S. 564, der die einheitliche Behandlung von Konzerngesellschaften bei der Frage der Erschöpfung des jeweiligen nationalen Zeichenrechts damit begründet, dies „wirke [...] dem Bestreben entgegen, das Warenzeichen entgegen seinem Zweck als *bloßen Herkunftshinweis* dazu zu benutzen, die Märkte entsprechend ihrer unterschiedlichen Ergiebigkeit zu isolieren und den internationalen Handel zu behindern“. (Hervorhebung vom Verfasser).

²⁹ Vgl. *Beier*, (Fn. 1), S. 15, mit Rechtsprechungshinweisen, sowie die Entscheidungen des niederländischen Hoge Raad, GRUR Int. 1957, S. 259; des schweizerischen Bundesgerichts, GRUR Int. 1961, S. 294 (*Philips*); des BGH, GRUR Int. 1964, S. 202 (*Maja*); des österreichischen OGH, GRUR Int. 1971, S. 90 (*Agfa*); des schweizerischen Bundesgerichts, GRUR Int. 1979, S. 569 (*Omo*).

³⁰ *Beier*, (Fn. 1), S. 13; in diesem Sinne auch die dort zitierte Entscheidung der belgischen Cour de cassation vom 23.5.1945 (*Email Diamant*), Fn. 41 bei *Beier*, (Fn. 1) sowie die britischen und amerikanischen *Apollinaris*-Fälle, Fn. 38 bei *Beier*, (Fn. 1).

³¹ Der Verfasser verwendet die neue Nummerierung des EG-Vertrages, gültig seit Inkrafttreten des Vertrages von Amsterdam.

kommerzielles Eigentum“ fällt.³² Dagegen ist dies bezüglich Dienstleistungsmarken streitig.³³

Die Verhinderung von Parallelimporten durch den Inhaber eines Markenrechts stellt nach der vom EuGH entwickelten *Dassonville-Formel* eine Maßnahme gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einführbeschränkungen i.S.v. Art. 28 EGV dar. Nach der „Dassonville“-Rechtsprechung ist eine derartige Maßnahme grundsätzlich „jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“³⁴. Dabei verlangt der EuGH für das Vorliegen einer „Handelsregelung“ keinen spezifischen Handelsbezug der Regelung und hat diesen Begriff in späteren Entscheidungen durch die allgemeineren Ausdrücke „einzel- oder innerstaatliche Regelung“ oder „Maßnahme“ ersetzt³⁵. Wenn Inhaber von Schutzrechten sich auf nationale Erschöpfungsregeln berufen können, um Parallelimporte aus anderen EG-Mitgliedstaaten zu verhindern, liegt eine einzelstaatliche Regelung i.S.v. *Dassonville* vor. Da eine solche Regelung der nationalen Erschöpfung nicht nur die Verkaufsmodalitäten der parallel importierten Waren betrifft, sondern deren Marktzugang verhindert, handelt es sich um eine produktbezogene Regelung i.S.d. „Keck“-Rechtsprechung des EuGH³⁶ und fällt damit in den Anwendungsbereich des Art. 28 EGV.

In einer umfangreichen Reihe von Entscheidungen hat der EuGH das Verhältnis von Art. 28 und 30 EGV zueinander im Bereich des Markenrechts konkretisiert, um eine Lösung für den Gegensatz von Warenverkehrsfreiheit und nationalem Markenrecht zu finden.

Den Ausgangspunkt dieser Rechtsprechung bildet das Urteil *Grundig und Consten*,³⁷ in dem der EuGH den noch sehr allgemeinen Hinweis gab, der damalige Art. 36 EGV (heute: Art. 30 EGV) schließe nicht jeglichen Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf die Ausübung der gewerblichen Schutzrechte des innerstaatlichen Rechts aus.³⁸

³² Vgl. *Müller-Graff*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, (Hrsg.) Kommentar zum EU-, EG-Vertrag; Band 1, 5. Auflage, Baden-Baden 1997, Art. 36, Rdnr. 72 mit Hinweisen auf EuGH-Rspr. in Fn. 157.

³³ Gegen die Anwendbarkeit des Art. 30 EGV und für die Behandlung von Dienstleistungsmarken unter Art. 49 ff. EGV *Müller-Graff*, (Fn. 32), Rdnr. 75; a.A., d.h. für Anwendbarkeit des Art. 30 EGV *Beier*, (Fn. 3), S. 608, Fn. 33, mit Hinweis auf die enge Verwandtschaft von Dienstleistungsmarken mit Warenzeichen sowie auf Art. 1 (2) der Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums (PvÜ) und Art. 2 viii des Übereinkommens zur Errichtung der Weltorganisation für geistiges Eigentum (WIPO-Übereinkommen), in denen der Schutz von Dienstleistungsmarken dem Schutz des gewerblichen Eigentums unterstellt werde.

³⁴ EuGH, Rs. 8/74, Slg. 1974, S. 837 (847), (*Procureur du Roi/Benoit et Gustave Dassonville*).

³⁵ *Müller-Graff*, (Fn. 32), Art. 30, Rdnr. 47, mit Hinweisen auf die EuGH-Rechtsprechung.

³⁶ EuGH, Rs. C-267/91 und C-268/91, Slg. 1993, I-6097 ff. (*Keck und Mithouard*).

³⁷ EuGH, verb. Rs. 56-64 und 58-64, Slg. 1966, S. 430 = GRUR Int. 1966, S. 580 ff. (*Etablissements Consten S.A.R.L. und Grundig-Verkaufs-GmbH v. EWG Kommission*).

In *Deutsche Grammophon*³⁹ präzisierte der EuGH seine Rechtsprechung, indem er zwischen dem Bestand der nationalen geistigen Eigentumsrechte einerseits und deren Ausübung andererseits unterschied.⁴⁰ Danach beeinflusste das EG-Recht die nationalen Schutzrechte zwar nicht in ihrem Bestand, jedoch könne es im Interesse des freien Warenverkehrs deren Ausübung verbieten.⁴¹ Dies gelte nur dann nicht, wenn die nationalen Beschränkungen des Warenverkehrs erforderlich seien, um den spezifischen Gegenstand des jeweiligen geistigen Eigentumsrechts zu schützen.⁴²

Spezifischer Gegenstand des Markenrechts ist nach der *Centrafarm/Winthrop*-Entscheidung des EuGH das ausschließliche Recht des Markeninhabers zur Erstinverkehrsetzung seiner gekennzeichneten Produkte. Dadurch solle er vor Konkurrenten geschützt werden, die die durch das Warenzeichen erworbene Stellung und Kreditwürdigkeit ausnutzten, indem sie es widerrechtlich an nicht von dem Rechtsinhaber stammenden Produkten anbrächten und diese als Originale vermarkteten.⁴³ Hat der Schutzrechtsinhaber dieses Erstinverkehrsetzungsrecht selbst oder ein Dritter mit seiner Zustimmung in jedem beliebigen Staat der E(W)G⁴⁴ wahrgenommen, so ist dieses ausschließliche Recht EG-weit erschöpft.⁴⁵ Der EuGH begründet diese Erschöpfung mit der Notwendigkeit, die Schutzrechtsinhaber an einer künstlichen Abschottung der Märkte innerhalb der EG zu hindern, weil die Substanz des „aus dem Warenzeichen fließenden Ausschließlichkeitsrechts“ nicht betroffen sei.⁴⁶

In seiner Entscheidung *Hag I*⁴⁷ erweiterte der EuGH seine Rechtsprechung zur EG-weiten Erschöpfung des Erstinverkehrsetzungsrechts aus der Marke: neben dem Inverkehrbringen in jedem beliebigen EG-Staat mit Zustimmung des Schutzrechtsinhabers – so die Rechtsprechung *Centrafarm* – führe auch die sogenannte „Ursprungsgleichheit“ von Marken zur EG-weiten Erschöpfung: der Markeninhaber, der ursprünglich in mehreren EG-Staaten übereinstimmende oder verwechslungsfähige Marken gehabt habe, von denen später eine oder mehrere an andere Unternehmen gelangt seien, könne Einfuhren verwechslungsfähig gekennzeich-

38 EuGH, (Fn. 37), S. 583.

39 EuGH, Rs. 78-70, Slg. 1971, S. 487 ff. (*Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH/Metro- SB Großmärkte GmbH & Co. KG*).

40 EuGH, (Fn. 39), S. 499 f., Rdnr. 11 der Entscheidungsgründe.

41 EuGH, (Fn. 39), S. 499 f., Rdnr. 11 der Entscheidungsgründe.

42 EuGH, (Fn. 39), S. 499 f., Rdnr. 11 der Entscheidungsgründe, sowie EuGH, Rs. 16-74, Slg. 1974, S. 1183. (*Centrafarm B. V. und Adriaan De Peijper/Winthrop B. V.*).

43 EuGH, (Fn. 42), S. 1194, Rdnr. 7.

44 Künftig wird einheitlich die Bezeichnung „EG“ verwendet.

45 EuGH, (Fn. 39), Rdnr. 11.

46 EuGH, (Fn. 39).

47 EuGH, Rs. 192-73, Slg. 1974, S. 731 ff. (*Van Zuylen Frères/Hag AG*) = GRUR Int. 1974, S. 338 f.

neter Erzeugnisse des Markenerwerbers nicht verhindern. Gleichermaßen gelte in umgekehrter Richtung für den Markenerwerber und für Importe von Waren des ursprünglichen Markeninhabers.⁴⁸ Dieses neue Kriterium sollte, wie bereits angedeutet, unabhängig von demjenigen der Zustimmung des Markeninhabers zur Inverkehrsetzung gelten.⁴⁹ Um eine Irreführung der Verbraucher bezüglich der Herkunft der Produkte zu vermeiden, sei ein Verbot der Einfuhr nicht erforderlich, sondern es genügten andere Aufklärungsmaßnahmen, die den freien Warenverkehr weniger stark beeinträchtigten.⁵⁰

An dieser Stelle der Entscheidung wird deutlich, dass der EuGH zu dieser Zeit noch ausschließlich auf die Herkunftsfunktion der Marke abstellt.

Die *Hag I*-Rechtsprechung wurde vom EuGH im *Terrapin*-Urteil⁵¹ bestätigt: dort wiederholte der Gerichtshof, dass das ausschließliche Inverkehrsetzungsrecht aus der Marke nicht nur bei EG-weiter Inverkehrsetzung mit Zustimmung des Schutzrechtsinhabers erlösche, sondern dass dies ebenfalls dann gelte, wenn das Warenzeichen ursprünglich ein- und derselben Person gehört habe und später freiwillig oder durch hoheitliche Zwangsmaßnahmen zwischen dem Rechtsinhaber und einer anderen Person aufgespalten worden sei.⁵² Seien jedoch die jeweiligen nationalen Schutzrechte unabhängig voneinander begründet worden, trete keine Erschöpfung des ausschließlichen Erstinverkehrsetzungsrechts ein, da sonst das jeweilige Schutzrecht in seinem spezifischen Gegenstand beeinträchtigt werde.⁵³

Auffällig an dieser Formulierung ist, dass das Gericht das Kriterium des „spezifischen Gegenstandes“ nicht mehr schutzrechtsbegrenzend i.S.v. Art. 30 Satz 2 EGV gebraucht, sondern schutzrechtsbejahend i.S.v. Art. 30 Satz 1 EGV. Hatte der EuGH den Begriff des „spezifischen Gegenstandes“ in der Entscheidung *Centrafarm/Wintrop* noch verwendet, um darzulegen, dass die Verhinderung von Parallelimporten von Originalprodukten nicht zum spezifischen Gegenstand des Warenzeichenrechts gehört, benutzte er denselben Begriff seit der Sache *Terrapin/Terranova* ausschließlich,⁵⁴ um das Gegenteil darzulegen, nämlich die Rechtfertigung einzelstaatlicher Begrenzungen des freien Warenverkehrs im umgekehrten

48 EuGH, (Fn. 47).

49 Zumindest bei unfreiwilligem Verlust des ausländischen Markenrechts durch den inländischen Rechtsinhaber. So hatte im Fall *Hag I* die ursprüngliche Markeninhaberin den Zeichenschutz durch Enteignung verloren.

50 EuGH, (Fn. 47), GRUR Int. 1974, S. 339, linke Spalte unten.

51 EuGH, Rs. 119-75, Sig. 1976, S. 1039 ff. (*Firma Terrapin (Overseas) Ltd./Firma Terranova Industrie CA. Kapferer & Co.*) = GRUR Int. 1976, S. 402 ff.

52 EuGH, (Fn. 51), Rdnr. 6 der Entscheidungsgründe.

53 So sinngemäß EuGH, (Fn. 51), Rdnr. 7 der Entscheidungsgründe.

54 So *Beier*, (Fn. 3), S. 610.

Fall, also bei Betroffenheit des ausschließlichen Rechts auf Herstellung, Kennzeichnung und Erstinverkehrsetzung des geschützten Produktes.⁵⁵

Nachdem also der Begriff des „spezifischen Gegenstandes“ von einem Begrenzungsmerkmal i.S.v. Art. 30 Satz 2 EGV zu einem Rechtfertigungsmerkmal i.S.v. Art. 30 Satz 1 EGV geworden war,⁵⁶ wandte sich der EuGH in der *Terrapin*-Entscheidung einem anderen Kriterium zu: der rechtmäßigen oder rechtsmissbräuchlichen Ausübung eines nationalen Schutzrechts: Art. 28 und 30 EGV seien so aufeinander abzustimmen, dass der berechtigte Gebrauch eines nationalen Schutzrechts gemäß Art. 30 S. 1 EGV ermöglicht, die missbräuchliche Ausübung eines solchen Rechts jedoch über Art. 30 S. 2 EGV verhindert werde.⁵⁷ Der EuGH rückt damit die Frage nach der Funktion des geistigen Eigentumsrechts in den Vordergrund. Nur dann ist eine nationale Beschränkung des freien Warenverkehrs gechtfertigt, wenn diese einer funktionsgemäßen, d.h. dem Schutzzweck entsprechenden Wahrnehmung des Schutzrechts dient.

Entscheidend ist also, worin die Funktion der Marke zu sehen ist. Hatte der EuGH in *Hag I* und *Terrapin* durch Erfindung der in der Literatur heftig kritisierten⁵⁸ „Lehre von der Ursprungsgleichheit“ noch erkennen lassen, dass die für ihn entscheidende, wenn nicht einzige Funktion der Marke das bloße Anzeigen der Herkunft einer Ware war,⁵⁹ so erfuhr diese Rechtsprechung eine wichtige Änderung mit den Urteilen *Hag II*⁶⁰ und *Ideal Standard*.⁶¹

Diese Änderung deutete sich bereits mit der Entscheidung *Hoffmann-La Roche*⁶² an. Dort stellte der EuGH fest, die Herkunftsgarantie der Marke schließe es ein, dass sich ein Verbraucher darauf verlassen könne, dass das ihm angebotene, mit einem Warenzeichen gekennzeichnete Erzeugnis nicht auf einer früheren Vermarktungsstufe durch einen ohne Zustimmung des Markeninhabers vorgenommenen Eingriff eines Dritten in seinem Originalzustand berührt worden sei. Aus

55 Beier, (Fn. 3), S. 610.

56 Beier, (Fn. 3), S. 610.

57 EuGH, (Fn. 51), Rdnr. 7.

58 Z.B. Beier, Ziele und Leitgedanken des europäischen Markenrechts, GRUR Int. 1976, S. 363 (367, Rdnr. 20, 21).

59 Vgl. *Hag I*, (Fn. 47): Erschöpfung des Rechts aus der inländischen Marke sogar bei unfreiwilligem Verlust des ausländischen Markenrechts; sowie Joller, Zur territorialen Reichweite des Erschöpfungsgrundsatzes im Markenrecht. Silhouette einer Zwischenbilanz, GRUR Int. 1998, S. 751 (754, linke Spalte, Mitte).

60 EuGH, Rs. C-10/89, Slg. 1990, S. I-3711 ff. (*SA CNL-SUCAL NV/HAG GF AG*) = GRUR Int. 1990, S. 960 ff.

61 EuGH, Rs. C-9/93, Slg. 1994, S. I-2789 ff. (*IHT Internationale Heiztechnik GmbH und Uwe Danzinger/Ideal Standard-GmbH und Wabco Standard GmbH*) = GRUR Int. 1994, S. 614 ff.

62 EuGH, Rs. 102/77, Slg. 1978, S. 1139 ff. (*Hoffmann-La Roche & Co. AG, Basel und Hoffmann-La Roche AG, Grenzach-Wyhlen/Centrafarm Vertriebgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH, Benthheim*) = GRUR Int. 1978, S. 291 ff.

der so verstandenen Herkunftsgarantie folge das Recht des Schutzrechtsinhabers, sich gegen jede Benutzung des Warenzeichens zu wehren, die dazu führen könnte, Veränderungen der gekennzeichneten Ware durch Dritte mit dem Markenrechtsinhaber in Verbindung zu bringen.⁶³ Eine einzelstaatliche Regelung, die unter solchen Umständen dem inländischen Markenrechtsinhaber ein Abwehrrecht gegen Parallelimporte einräume, sei folglich nach Art. 30 Satz 1 EGV gerechtfertigt.⁶⁴ Dies gelte jedoch nicht, wenn die durch den Dritten vorgenommene Veränderung des Markenartikels – in der Sache ging es um die Umverpackung von Pharmazeutika – den Originalzustand der Ware nicht beeinträchtigen könne. In diesem Fall liege eine verschleierte Beschränkung des Handels i.S.v. Art. 30 Satz 2 EGV vor.⁶⁵

Hier fügt der EuGH der bloßen Herkunftsfunktion der Marke eine Qualitätskomponente hinzu. Wenn er auch die Lehre von der Ursprungsgleichheit (noch) nicht ausdrücklich verwirft, so setzt er doch einen neuen Akzent: bei Kauf einer markenschützten Ware verlässt sich der Kunde auf eine durch diese Marke symbolisierte Qualität des Produkts. Wenn die Gefahr besteht, dass er diesbezüglich – aufgrund Handlungen Dritter – enttäuscht wird, tritt keine Erschöpfung des inländischen Schutzrechts ein.

Im Gegensatz zu *Hag I* wird hier also für die Frage der Erschöpfung berücksichtigt, ob der Inhaber des inländischen Markenrechts bei Inverkehrsetzen der Ware im Ausland noch eine gewisse Möglichkeit hat, den Originalzustand der Ware zu kontrollieren.

Die Bedeutung dieser Kontrollmöglichkeit wurde in den nachfolgenden Urteilen *Hag II* und *Ideal Standard* noch stärker hervorgehoben. In diesen Entscheidungen verstärkte der EuGH die Rechtsstellung von Markenrechtsinhabern in der EG gegenüber Parallelimporteuren aus anderen EG-Staaten dadurch, dass er für eine EG-weite Erschöpfung des ausschließlichen Erstinverkehrsetzungsrechts aus der Marke strengere Voraussetzungen aufstellte als früher. Zunächst wendete sich der EuGH von seiner Rechtsprechung *Hag I* und *Terrapin* ab. Bei Ursprungsgleichheit und späterer Aufspaltung der Markenrechte stelle ein Berufen des Markenrechtsinhabers auf sein Schutzrecht gegenüber Einführen von Waren des ausländischen Markenerwerbers keine Verletzung des freien Warenverkehrs dar.⁶⁶ Die Rechtsprechung *Hag I* bedürfe der Überprüfung⁶⁷. Außerdem konkretisierte der EuGH die Voraussetzungen, unter denen eine Zustimmung des Markenrechtsinhabers zu einer Inverkehrsetzung im Ausland zur Erschöpfung des ausschließlichen Rechts

⁶³ EuGH, (Fn. 62), Rdnr. 7 der Entscheidungsgründe.

⁶⁴ EuGH, (Fn. 62), Rdnr. 8, mit Bezug auf den konkreten Fall.

⁶⁵ EuGH, (Fn. 62), Rdnrs. 9 ff.

⁶⁶ EuGH, (Fn. 60), Rdnr. 20 (*Hag II*).

⁶⁷ EuGH, (Fn. 60), Rdnr. 10.

aus der inländischen Marke führt: nur wenn der inländische Zeicheninhaber bei dem Inverkehrbringen die Möglichkeit habe, die Qualität der mit seinem Zeichen gekennzeichneten Ware zu kontrollieren, führe die Zustimmung zur Erschöpfung des Rechts auch im Inland.⁶⁸ Diese Kontrollmöglichkeit verneint der EuGH nicht nur bei Ursprungsgleichheit und folgender Zwangsaufspaltung der Marke wie in *Hag II*, sondern ebenfalls bei einer freiwilligen Aufspaltung der Marke⁶⁹ zwischen Unternehmen, zwischen denen keine wirtschaftliche oder rechtliche Verbindung besteht.⁷⁰

Dies ist eine klare Begrenzung der *Centrafarm*-Rechtsprechung: dort hatte der EuGH das Erfordernis der Zustimmung des Rechtsinhabers zur Vermarktung seiner geschützten Ware im Ausland nicht weiter präzisiert, so dass man davon ausgehen konnte, dass grundsätzlich jede Zustimmung zur Erschöpfung des inländischen Rechts aus der Marke führt. Nach dieser Rechtsprechung hätte der Fall *Ideal Standard* anders entschieden werden müssen: da derjenige, der eine ausländische Marke an einen anderen veräußert, damit automatisch auch der Benutzung der Marke zumindest im Schutzland zustimmt,⁷¹ müsste hier eigentlich von einer die Erschöpfung im Inland auslösenden Zustimmung i.S.d. *Centrafarm*-Rechtsprechung ausgegangen werden. Der EuGH verneint dies jedoch: die Zustimmung zur Übertragung der ausländischen Marke sei nicht gleichzeitig eine die Erschöpfung des Rechts aus der inländischen Marke auslösende Zustimmung, wenn mangels Verbindung der Unternehmen keine Möglichkeit des inländischen Rechtsinhabers zur Qualitätskontrolle bestehe.⁷²

Der Gerichtshof unterscheidet also zwischen der Zustimmung zur Benutzung der übertragenen Marke durch den Erwerber, d.h. einer Zustimmung, die sich ausschließlich auf das ausländische Markenrecht bezieht, und der Zustimmung, die die Erschöpfung des Rechts aus der inländischen Marke auslöst.

⁶⁸ EuGH, (Fn. 61), Rdnr. 43 (*Ideal Standard*).

⁶⁹ Also in Fällen, in denen für ein bestimmtes Erzeugnis sowohl im In- als auch im Ausland jeweils nationale Marken bestehen, die sich zunächst in der Hand ein- und desselben Unternehmens oder zumindest desselben Konzerns befinden und identisch oder verwechslungsfähig sind. Später wird dann die im Ausland eingetragene Marke an einen Dritten veräußert, der mit dem ursprünglichen Markeninhaber in keinerlei wirtschaftlicher oder rechtlicher Beziehung steht. Der Veräußerer behält jedoch die inländische Marke. Die nunmehr personell und rechtlich verschiedenen Inhaber der jeweiligen nationalen Marke wollen Einfuhren von Produkten des jeweils anderen verhindern, die dieser nach der Markenaufspaltung in den Verkehr gebracht hat.

⁷⁰ EuGH, (Fn. 61), Rdnr. 44-46 (*Ideal Standard*).

⁷¹ Sack, Die Erschöpfung von Markenrechten nach Europäischem Recht, RIW 1994, S. 897 (902, unter [5]), der dort außerdem darauf hinweist, dass es für die Erschöpfung des ausschließlichen Rechts aus der Marke nicht erforderlich ist, gerade auch dem Export der durch die übertragene Marke geschützten Ware in andere Schutzländer zuzustimmen.

⁷² EuGH, (Fn. 61), Rdnr. 43 (*Ideal Standard*).

Der Grund für diese Einengung der Möglichkeit von Parallelimporten liegt in der Neueinschätzung des Markenrechts durch den EuGH.⁷³ Sowohl in *Hag II* als auch in *Ideal Standard* betonte der Gerichtshof, das Warenzeichen habe die Aufgabe, in einem System unverfälschten Wettbewerbs die Kunden durch die identifizierbare Qualität der Produkte an die Unternehmen zu binden. Diese Funktion könne es nur erfüllen, wenn es Gewähr dafür biete, dass alle mit ihm gekennzeichneten Erzeugnisse unter der Kontrolle eines einzigen Unternehmens hergestellt worden seien, welches für ihre Qualität verantwortlich gemacht werden könne.⁷⁴

Der EuGH fügt also der in früherer Rechtsprechung allein berücksichtigten Herkunftsfunktion eine Garantie- und Werbefunktion des Markenrechts hinzu: dem Kunden soll ermöglicht werden, anhand von Marken die besten Produkte auszusuchen, während den Unternehmen der Anreiz geboten wird, die Qualität ihrer Produkte und damit den Firmenwert der Marke zu verbessern.⁷⁵ Der EuGH versteht diese Garantiefunktion als Teil der Herkunftsfunktion, wie bereits in *Hoffmann-La Roche* deutlich wird.⁷⁶

Allein entscheidendes Kriterium für die Frage der Erschöpfung des inländischen Rechts aus der Marke bei Inverkehrsetzung im Ausland ist also nach der neueren EuGH-Rechtsprechung, ob der inländische Markenrechtsinhaber bei Inverkehrsetzen der Ware noch die Möglichkeit⁷⁷ hat, deren Qualität zu kontrollieren. Dies ist dann der Fall, wenn die Inverkehrsetzung durch den Rechtsinhaber selbst oder durch eine Person erfolgt, mit der den Rechtsinhaber entsprechende rechtliche oder wirtschaftliche Beziehungen verbinden, die eine Kontrolle ermöglichen.⁷⁸

III. Die Erste Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken⁷⁹

In ihrem ersten Vorschlag der Markenrichtlinie (MRiL) hatte die EG-Kommission zwingend die internationale Erschöpfung vorgesehen.⁸⁰ Der Ausschuss des Europäischen Parlaments erkannte dies zwar als richtig an, sein Berichterstatter im

⁷³ Vgl. bereits *Hoffmann-La Roche*, Text zu Fn. 62.

⁷⁴ EuGH in *Hag II*, (Fn. 60); Rdnr. 13; in *Ideal Standard*, (Fn. 61); Rdnr. 37.

⁷⁵ Vgl. *Sack*, (Fn. 71), S. 901.

⁷⁶ EuGH, (Fn. 62), Rdnr. 7.

⁷⁷ EuGH, (Fn. 61), Rdnr. 38: allein die Möglichkeit ist entscheidend, nicht aber, ob die Kontrolle tatsächlich erfolgt ist.

⁷⁸ So z.B. bei vertraglichen Absprachen oder unter verschiedenen Tochtergesellschaften desselben Konzerns.

⁷⁹ ABl. Nr. L 40/1 v. 11.2.1989 = GRUR Int. 1989, S. 294 ff.

⁸⁰ *Joller*, (Fn. 59), S. 754, mit Verweis in Fn. 48 auf KOM (80) 635 endg. = ABl. Nr.C 251/1 v. 29.9.1980.

Parlament riet aber, die internationale Erschöpfung nicht zwingend festzulegen, bevor nicht auch Drittstaaten wie die USA, Japan und die skandinavischen Länder sich dieser Theorie verpflichtet hätten.⁸¹ Die Kommission übernahm diesen Ratsschlag, zwar sprächen markenrechtliche Überlegungen für die internationale Erschöpfung, jedoch sei ausschlaggebend, dass die EG keine einseitigen Vorleistungen gegenüber Drittstaaten erbringen solle, welche die weltweite Erschöpfung nicht anerkennen.⁸² Folglich „verzichtete“⁸³ die Kommission in ihrem geänderten Richtlinienvorschlag übereinstimmend mit dem Wirtschafts- und Sozialausschuss auf die ausdrückliche Festlegung des Prinzips der weltweiten Erschöpfung. Art. 7 MRiL, der die Frage der Erschöpfung des Rechts aus der Marke regelt, lautete daher in der am 21. Dezember 1988 verabschiedeten Fassung:

- (1) Die Marke gewährt ihrem Inhaber nicht das Recht, einem Dritten zu verbieten, die Marke für Waren zu benutzen, die unter dieser Marke von ihm oder mit seiner Zustimmung in der Gemeinschaft in den Verkehr gebracht worden sind.
- (2) Abs. 1 findet keine Anwendung, wenn berechtigte Gründe es rechtfertigen, dass der Inhaber sich dem weiteren Vertrieb der Waren widersetzt, insbesondere wenn der Zustand der Waren nach ihrem Inverkehrbringen verändert oder verschlechtert ist.

Wegen Art. 11, 13 des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWRA),⁸⁴ die nahezu wörtlich mit Art. 28, 30 EGV übereinstimmen und gemäß Art. 2 des Protokolls 28 über geistiges Eigentum zum EWRA auch ebenso auszulegen sind,⁸⁵ wurden in Art. 7 Abs. 1 der MRiL die Worte „in der Gemeinschaft“ durch die Worte „in einem Vertragsstaat“ (des EWR) ersetzt.⁸⁶

IV. Die Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Europäische Gemeinschaftsmarke⁸⁷

Artikel 13 der Markenverordnung (MVO) regelt die Frage der Erschöpfung des Rechts aus der Gemeinschaftsmarke. Die Bestimmung entspricht dem Wortlaut des Art. 7 Abs. 1 MRiL mit der Ausnahme, dass die MVO lediglich eine EG-weite

⁸¹ *Joller*, (Fn. 59), mit Hinweis auf Berichterstatter *Turner*, Verhandlungen des Europäischen Parlaments vom 12.10.1983, Protokoll Nr. 1-304/112, 113.

⁸² *Joller*, (Fn. 59), S. 755, mit Hinweis auf Kommissionsmitglied *Narjes*, Verhandlungen des Europäischen Parlaments vom 12.10.1983, Protokoll 1-304/112, 120 f.

⁸³ So wörtlich in KOM (85) 793 endg., ABl. Nr. C 351 v. 31.12.1985, S. 4.

⁸⁴ ABl. Nr. L 1 v. 3.1.1994, S. 1. In Kraft seit dem 1.1.1994.

⁸⁵ *Sack*, (Fn. 71), S. 897.

⁸⁶ Vgl. Art. 65 Abs. 2 in Verbindung mit Anhang XVII Nr. 4 c) EWRA, BT-Drucks. 12/3202, S. 371 a.E.

⁸⁷ ABl. Nr. L 11/1 v. 14.1.1994, in Kraft seit dem 15.3.1994.

Erschöpfung vorsieht. Wegen Art. 300 Abs. 7 EGV gelten Art. 11, 13 EWRA jedoch auch für die Gemeinschaftsmarke,⁸⁸ so dass der Grundsatz der EWR-weiten Erschöpfung auch hier Anwendung findet. In den Erläuterungen zum Vorschlag der MVO erwähnte die Kommission jedoch zwei Möglichkeiten der Einführung der internationalen Erschöpfung auf EG-Ebene. Zunächst müsste die EG befugt sein, mit Drittstaaten Abkommen über die Einführung der weltweiten Erschöpfung abzuschließen. Weiterhin werde der nationale Richter durch die Beschränkung auf die EG-weite Erschöpfung „nicht daran gehindert, in besonders gelagerten Fällen, namentlich in Fällen, in denen auch ohne Vorliegen eines förmlichen Vertrages die Gegenseitigkeit verbürgt ist, über die gemeinschaftsweite Erschöpfung hinauszugehen“.⁸⁹

V. Die Rechtsprechung des EuGH in Zusammenhang mit der Markenrichtlinie

Der EuGH hat seine in den Entscheidungen *Hag II* und *Ideal Standard* entwickelte Rechtsprechung zur Erschöpfung des Rechts aus der Marke in einer Reihe von Urteilen zu Art. 7 MRiL bestätigt und vertieft.

Die Entscheidung *Bristol-Myers Squibb*⁹⁰ betont erneut die Qualitätskomponente der Marke, d.h. ihre Garantie- und Werbefunktion. Wie im *Hoffmann-La Roche*-Urteil ging es um die Frage, ob sich der inländische Inhaber eines Markenrechts für ein Medikament auf sein ausschließliches inländisches Erstinverkehrsetzungsrecht gegenüber Einfuhren aus einem anderen EG-Staat berufen kann, in dem er selbst oder ein Dritter mit seiner Zustimmung dieses Medikament auf den Markt gebracht hat. Das Urteil *Bristol-Myers Squibb* wiederholt die im Urteil *Hoffmann-La Roche* zu Art. 30 EGV entwickelten Prinzipien⁹¹ nun in Bezug auf Art. 7 MRiL: nach dem Hinweis, dass Art. 7 MRiL die Frage der Erschöpfung des Markenrechts für in der EG in den Verkehr gebrachte Waren abschließend regelt⁹² und deshalb nationale Maßnahmen im Bereich des Schutzes geistigen Eigentums nicht unmittelbar nach Art. 28, 30 EGV, sondern anhand der MRiL zu beurteilen seien,⁹³ greift der EuGH für die Anwendung der MRiL auf die zu den Art. 28, 30 EGV entwickelten Grundsätze zurück.⁹⁴ Der Gerichtshof stellt zunächst klar, dass die EWR-weite Erschöpfung aus Art. 7 Abs. 1 MRiL auch dann greift, wenn der

⁸⁸ So im Ergebnis auch *Sack*, (Fn. 71), S. 898, unter (4).

⁸⁹ KOM (84) 470 endg, Erläuterungen zu Art. 11; ABl. Nr. C 230 v. 31.8.1984, S. 1.

⁹⁰ EuGH, verb. Rs. C-427/93, C-429/93 und C-436/93, Slg. 1996, I-3457ff. (*Bristol-Myers Squibb/Paranova, Boehringer u.a./Paranova und Bayer u.a./Paranova*) = GRUR Int. 1996, S. 1144 ff.

⁹¹ Vgl. Text zu Fn. 63-65.

⁹² EuGH, (Fn. 90), Rdnr. 26 der Entscheidungsgründe.

⁹³ EuGH, (Fn. 90), Rdnr. 25; jedoch in Rdnr. 27 Betonung der Notwendigkeit der Auslegung der MRiL im Lichte der Art. 28, 30 EGV.

⁹⁴ EuGH, (Fn. 90), Rdnrn. 31, 41.

Parallelimporteur die mit Zustimmung des inländischen Markenrechtsinhabers auf den ausländischen Markt gebrachte Ware umpackt und danach ohne Zustimmung des Schutzrechtsinhabers die Marke auf der neuen Verpackung anbringt.⁹⁵ Bezuglich des Ausnahmetatbestands des Art. 7 Abs. 2 MRiL verweist der EuGH zunächst auf die *Centrafarm*-Rechtsprechung der Erschöpfung der inländischen Marke durch Zustimmung des Berechtigten zur Inverkehrsetzung im Ausland⁹⁶ und betont, die Marke habe nicht die Funktion, ihrem Inhaber eine Aufteilung des Marktes zwecks Beibehaltung von Preisunterschieden zwischen verschiedenen EG-Mitgliedstaaten zu ermöglichen.⁹⁷

Vielmehr sei es Hauptfunktion der Marke, den Verbrauchern Aufschluss über die Herkunft der gekennzeichneten Ware zu geben.⁹⁸ Wie bereits im Urteil *Hoffmann-La Roche*⁹⁹ beschränkt der EuGH diese Funktion nicht auf eine bloßen Herkunfts- hinweis, sondern stellt klar, dass er die durch die „Hoffmann-La Roche“- und insbesondere die *Hag II*- und *Ideal Standard*-Rechtsprechung entwickelte Garantie- und Werbefunktion (Qualitätskomponente) als Teil der Herkunftsfunktion betrachtet. Anhand der Marke müsse sich der Verbraucher darauf verlassen können, dass die Ware, die von dem von der Marke angezeigten Unternehmen stammt, nicht auf einer früheren Vermarktungsstufe durch einen Dritten ohne Zustimmung des Markeninhabers in ihrem Originalzustand beeinträchtigt worden sei.¹⁰⁰

Damit hat der Gerichtshof ein bedeutendes Kriterium für die Beantwortung der Frage genannt, unter welchen Voraussetzungen sich der inländische Markeninhaber gegen umverpackte und mit seinem Warenzeichen versehene Parallelimporte wehren kann, d.h., wie Art. 7 Abs. 2 MRiL auszulegen ist. Zunächst gehöre es zum „spezifischen Gegenstand des Markenrechts“, dass der Schutzrechtsinhaber sich gegen Benutzungen seiner Marke wehren könne, die die „so verstandene“, d.h. die Qualitätskomponente umfassende Herkunftsgarantie verfälschen könnte.¹⁰¹ Deshalb könnte sich der Schutzrechtsinhaber gegen umverpackte, parallelimportierte Markenware in der Regel auf Art. 7 Abs. 2 MRiL berufen.¹⁰²

⁹⁵ EuGH, (Fn. 90), Rdnrr. 32-37.

⁹⁶ EuGH, (Fn. 90), Rdnr. 45.

⁹⁷ EuGH, (Fn. 90), Rdnr. 46.

⁹⁸ EuGH, (Fn. 90), Rdnr. 47.

⁹⁹ S.o., Text nach Fn. 62.

¹⁰⁰ EuGH, (Fn. 90), Rdnr. 47, mit Hinweis u. a. auf *Hoffmann-La Roche*.

¹⁰¹ EuGH, (Fn. 90), Rdnr. 48.

¹⁰² EuGH, (Fn. 90), Rdnr. 49, mit Hinweis auf *Hoffmann-La Roche*.

Dies gelte allerdings dann nicht,

- (1) wenn der Originalzustand der Ware durch die Umverpackung nicht beeinträchtigt worden sei,
- (2) sich auf der neuen Verpackung ein Hinweis auf die Person desjenigen befindet, der die Ware umgepackt habe,
- (3) jeder zusätzliche Artikel als nicht vom Markeninhaber stammend gekennzeichnet worden sei,
- (4) die Aufmachung der neuen Verpackung nicht geeignet sei, den Ruf der Marke sowie ihres Inhabers zu schädigen
- (5) und der Importeur den Markeninhaber vorab durch Übersendung eines Musters der umgepackten Ware von der Einfuhr unterrichtet habe.¹⁰³

Die äußerst detaillierte Darstellung dieser sehr engen Voraussetzungen¹⁰⁴ zeigt im Vergleich mit der *Hag I*- und *Terrapin*-Rechtsprechung deutlich die vom EuGH seit *Hoffmann-La Roche* und *Hag II* entwickelte Stärkung der nationalen Markenrechte gegenüber dem Grundsatz des Warenverkehrsfreiheit durch Entwicklung der Qualitätskomponente als Teil der Herkunftsfunktion der Marke. Sobald auch nur der Eindruck¹⁰⁵ entsteht, der Markeninhaber könne für einen unter seiner Marke vermarkteten Artikel verantwortlich sein, der in Wirklichkeit von einem Dritten stammt, tritt die Freiheit des Warenverkehrs hinter das Markenrecht des Betroffenen zurück. Ein Nichtausschließen dieses Eindrucks durch die Umverpackung genügt, um die Einfuhr von Ware zu verhindern, selbst wenn tatsächlich keinerlei Beeinträchtigung des Originalzustandes der Markenware vorliegt¹⁰⁶. Der EuGH verweist hier auf den lediglich beispielhaften Charakter des Art. 7 Abs. 2 MRiL.¹⁰⁷ Außerdem erwähnt der Gerichtshof ausdrücklich die Möglichkeit der Schädigung des Rufes der Marke. Dies stellt eine Neuerung gegenüber der Entscheidung *Hoffmann-La Roche* dar. Zusätzlich zu den dort aufgestellten Pflichten des Parallelimporteurs bezüglich der Umverpackung verlangt der EuGH jetzt unabhängig von der physischen Beeinträchtigung der Ware selbst auch eine rein

¹⁰³ EuGH, (Fn. 90), Rdnr. 79, mit Hinweis darauf, dass das Verhindern von Parallelimporten im Falle einer durch die nationalen Vorschriften des Einfuhrstaates erforderlichen Umverpackung ohne Beeinträchtigung des Originalzustandes der Markenware eine künstliche Marktabtschottung darstelle. Der Importeur habe jedoch eine entsprechende Absicht des Markeninhabers nicht nachzuweisen.

¹⁰⁴ Dem EuGH genügt für die Anwendung des Art. 7 Abs. 2 MRiL bereits eine „mittelbare“ Beeinträchtigung des Originalzustands der Markenware, vgl. EuGH, (Fn. 90), Rdnr. 79.

¹⁰⁵ EuGH, (Fn. 90), Rdnr. 79 (*Bristol-Myers Squibb*).

¹⁰⁶ Dies ergibt sich aus den vom EuGH, (Fn. 90), in Rdnr. 79 (vgl. Text zu Fn. 103) aufgezählten Voraussetzungen für die Erschöpfung des Rechts aus der inländischen Marke: nach Nennung des Erfordernisses der Nichtbeeinträchtigung der Originalware führt der EuGH die Voraussetzung der Kennzeichnung fremder Artikel als weitere, unabhängige Bedingung auf.

¹⁰⁷ EuGH, (Fn. 90), Rdnr. 39.

äußerlich ordentliche Erscheinung der Verpackung, da sonst der Ruf der Marke Schaden nehmen könnte. Dies verdeutlicht, dass die Stellung der Werbefunktion der Marke in der Rechtsprechung des EuGH an Bedeutung gewonnen hat.

Auch im Urteil *Dior*¹⁰⁸ stand der gute Ruf einer Marke, also ihre Garantie- und Werbefunktion, im Mittelpunkt. Zunächst machte der EuGH deutlich, dass die EWR-weite Erschöpfung des ausschließlichen Vermarktungsrechts gemäß Art. 7 Abs. 1 MRIL nicht nur bedeute, dass der Parallelimporteur die markengeschützte Ware innerhalb der EG weiterverkaufen, sondern ebenfalls, dass er mit dieser Marke werben darf.¹⁰⁹ Der Gerichtshof geht dann auf die Ausnahmen ein, unter denen sich der Markeninhaber Paralleleinfuhren gemäß Art. 7 Abs. 2 MRIL widersetzen kann. Unter Verweis auf sein Urteil *Bristol-Myers Squibb* wiederholt der EuGH zunächst seine Auffassung von dem beispielhaften Charakter dieser Vorschrift und nennt die mögliche Rufschädigung einer Marke als Grund zur Verhinderung von Parallelimporten.¹¹⁰ Der Gerichtshof betont allerdings, der bloße Umstand, dass ein Parallelimporteur, der gewöhnlich Artikel gleicher Art, aber nicht unbedingt gleicher Qualität vertreibe, für die markengeschützte Originalware mit den branchenüblichen Mitteln Werbung betreibe, erfülle noch nicht den Ausnahmetatbestand des Art. 7 Abs. 2 MRIL. Dies sei erst dann gegeben, wenn erwiesen sei, dass die „Benutzung der Marke in der Werbung des Wiederverkäufers den Ruf der Marke im konkreten Fall erheblich schädigt“¹¹¹.

Durch diese Entscheidung betont der EuGH einerseits erneut die essentielle Bedeutung der Werbefunktion der Marke. Andererseits stellt der Gerichtshof klar, dass daraus kein grundsätzliches Werbeverbot für parallel eingeführte Erzeugnisse folgt. Er macht ein diesbezügliches Verbot vielmehr von einer konkreten Rufschädigung abhängig. Der Wortlaut des Urteils an dieser Stelle deutet darauf hin, dass der EuGH vom Grundsatz der Zulässigkeit der Werbemaßnahme ausgeht und die Beweislast des Gegenteils dem inländischen Markeninhaber auferlegt.¹¹²

Das insbesondere in *Ideal Standard* entwickelte Kriterium der nach Inverkehrsetzung gleichbleibenden Qualität der Originalware und der diesbezüglichen Kontrollmöglichkeit des inländischen Markeninhabers wurde im Urteil *Phytheron*¹¹³

¹⁰⁸ EuGH, Rs C-337/95, Slg. 1997, I-6013 ff. (*Parfums Christian Dior SA und Parfums Christian Dior BV/Evora BV*) = GRUR Int. 1998, S. 140 ff.

¹⁰⁹ EuGH, (Fn. 108), Leitsatz 2.

¹¹⁰ EuGH, (Fn. 108), Rdnrn. 42, 43.

¹¹¹ EuGH, (Fn. 108), Rdnr. 46.

¹¹² EuGH, (Fn. 108), Rdnr. 46: „Allerdings stellt der Umstand [...] (der Werbung) keinen berechtigten Grund im Sinne von Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie dar, [...] sofern nicht erwiesen ist [...].“ (Hervorhebung vom Verfasser).

¹¹³ EuGH, Rs C-352/95, Slg. 1997, I-1729 ff. (*Phytheron International SA/Jean Bourdon SA*) = EuZW 1997, S. 310 ff.

präzisiert. Der EuGH stellt hier auf Grundlage des Art. 7 MRiL folgende Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Parallelimporten innerhalb des EWR auf¹¹⁴:

- (1) Die in einem Drittstaat¹¹⁵ hergestellte Ware
- (2) wird vom Inhaber eines Markenrechts des EWR-Mitgliedstaates A oder von einer sich in demselben Konzern wie ersterer befindlichen Gesellschaft im EWR-Mitgliedstaat B auf den Markt gebracht. Die markenrechtlichen Ansprüche in A und B stehen dem gleichen Konzern zu.
- (3) Die Ware wird im Mitgliedstaat B von einem unabhängigen Händler erworben und in den Mitgliedstaat A ausgeführt.
- (4) Die Ware wird in keiner Weise verändert und die Verpackung nur insoweit umgestaltet, als auf dem Etikett die nach dem Recht des Einfuhrstaates vorgeschriebenen Angaben hinzugefügt werden.

Punkt (2) beinhaltet die bei Inverkehrsetzung im Ausland erforderliche Kontrollmöglichkeit der Warenqualität durch den inländischen Schutzrechtsinhaber. Nur wenn er selbst oder eine zu seinem Konzern gehörende und deshalb zumutbar kontrollierbare Person das Produkt zum ersten Mal in den Verkehr bringt, kann er davon ausgehen, dass das Erzeugnis in der Qualität, die die darauf angebrachte Marke dem Verbraucher signalisiert, auf den Markt gelangt ist und dort von Parallelimporteuren auch in dieser Originalbeschaffenheit erworben und weiterverkauft wird.

Der EuGH stellt hier also noch einmal klar, dass Einführen aus dem EWR-Ausland ohne Verstoß gegen Art. 28 EGV blockiert werden können, falls der inländische Markeninhaber die Qualität der Ware bei deren Inverkehrsetzung im EWR-Ausland nicht kontrollieren konnte. Dies ist dann der Fall, wenn der Inhaber der identischen oder verwechslungsfähigen ausländischen Marke, der sein ausschließliches Recht auf Erstinverkehrsetzung wahrnimmt, in keinerlei rechtlicher oder wirtschaftlicher Verbindung zum inländischen Markeninhaber steht und deshalb ohne Wissen und Wollen des letzteren ein Erzeugnis minderer Qualität in den Verkehr bringen könnte.

Sind die Voraussetzungen von Punkt (2) erfüllt, ist der inländische Markeninhaber aber immer noch nicht vollständig gegen Rufschädigungen seiner Marke durch importierte Ware abgesichert. Er hat lediglich die Gewissheit, dass die mit seiner oder einer verwechslungsfähigen Marke gekennzeichnete Ware in der von ihm gewünschten Qualität in den Verkehr gebracht wurde. Dies schließt aber nachträgliche Veränderungen nicht aus, die seitens Dritter vorgenommen werden, nachdem sie die Produkte aufgekauft haben. Um zu verhindern, dass solche Veränderungen zu Lasten des Rufes der inländischen Marke gehen, verlangt der EuGH

¹¹⁴ EuGH, (Fn. 113), Rdnr. 24.

¹¹⁵ Oder einem EWR-Mitgliedstaat, vgl. EuGH, (Fn. 113), Rdnr. 21.

in Punkt (4) für die Zulässigkeit von Parallelimporten, dass die Ware von dem Dritten nicht in ihrem Originalzustand verändert worden ist.

Diese Pflicht der Parallelimporteure ist bereits in *Hoffmann-La Roche* begründet und in *Bristol-Myers Squibb* verfeinert worden. Sie gründet auf der vom EuGH der Marke beigemessenen Garantiefunktion als Teil der Herkunftsfunktion.

Im Urteil *Ballantine*¹¹⁶ schließlich entschied der EuGH, unter welchen Voraussetzungen ein Parallelimporteur von Whiskey die Etiketten der aufgekauften Originalprodukte vorübergehend ablösen und verändern darf. In diesem Fall hatte der Parallelimporteur dies getan, um die auf den Etiketten vom Hersteller angebrachte Identifikationsnummer sowie aufgrund nationaler Vorschriften des Einfuhrstaats das Wort „pure“ und/oder den Namen des zum Vertriebssystem des Markeninhabers gehörenden Importeurs zu entfernen. Nach Bekräftigung seiner Rechtsprechung, nach der die Herkunftsgarantie eine Qualitätsgarantie umfasse und der Markeninhaber jede Benutzung seiner Marke verbieten könne, durch die diese Funktion beeinträchtigt wird,¹¹⁷ betonte der EuGH andererseits, die Ausübung des Markenrechts dürfe nicht zu einer künstlichen Abschottung der Märkte innerhalb der EG führen.¹¹⁸ Speziell zum Fall der Entfernung von Identifikationsnummern sah es der EuGH als gemeinschaftslegitimes Ziel an, wenn diese vom Markeninhaber angebracht würden, um z. B. Rückrufe schadhafter Ware zu ermöglichen oder Nachahmungen zu bekämpfen.¹¹⁹ Andererseits verneinte der EuGH ein EG-konformes Ziel, wenn der Parallelimporteur glaubhaft darlegen könnte, dass der Hersteller die Identifikationsnummern benutze, um undichte Stellen im eigenen Vertriebsnetz aufzuspüren und durch Druckausübung auf diese den Parallelhandel zu verhindern.¹²⁰ Der EuGH folgerte, dass sich ein Markeninhaber im Rahmen von Art. 7 Abs. 2 MRiL grundsätzlich wegen seines nationalen Markenrechts gegen eine Umetikettierung der mit seiner Marke gekennzeichneten Produkte zur Wehr setzen dürfe.¹²¹

Dies gelte jedoch dann nicht, wenn¹²²

- (1) es durch die Ausübung des Markenrechts erwiesenermaßen zu einer Abschottung der Märkte in der EG komme,
- (2) dargetan ist, dass die Neuettikettierung den Originalzustand der Ware nicht beeinträchtigt,

¹¹⁶ EuGH, Rs C-349/95, Slg. 1997, I-6227 ff. (*Frits Loendersloot/George Ballantine & Son Ltd. u.a.*).

¹¹⁷ EuGH, (Fn. 116), Rdnrn. 24, 25.

¹¹⁸ EuGH, (Fn. 116), Rdnr. 28.

¹¹⁹ EuGH, (Fn. 116), Rdnr. 41.

¹²⁰ EuGH, (Fn. 116), Rdnrn. 40, 43.

¹²¹ EuGH, (Fn. 116), Rdnrn. 26, 27.

¹²² EuGH, (Fn. 116), Rdnr. 50.

- (3) die Aufmachung der neuetikettierten Erzeugnisse dem guten Ruf von Marke und Inhaber nicht schaden kann, und
- (4) der Hersteller vor Verkauf der neuetikettierten Ware unterrichtet wird.

Eine Abschottung der Märkte i.S.v. Punkt (1) liegt nach Ansicht des EuGH möglicherweise bei nicht EG-konformem Gebrauch der Identifikationsnummern vor (vgl. oben). Hier nimmt der EuGH wieder auf die Funktionenlehre Bezug, die er im *Terrapin*-Urteil durch Unterscheidung von rechtmäßiger und rechtsmissbräuchlicher Ausübung des Markenrechts begründet hatte. Die Abwehr von Parallelimporten ausschließlich aus Wettbewerbsgründen, ohne dass die Gefahr einer Beeinträchtigung des Originalzustandes der Ware oder des Rufes der Marke aus nicht vom Schutzrechtsinhaber kontrollierbaren Gründen vorliegt, ist nicht vom Schutzzweck des Markenrechts gedeckt. Durch diese Kriterien macht der EuGH noch einmal deutlich, dass die Herkunftsfunktion eine Garantie- und Werbefunktion mitumfasst, also über eine bloße Anzeige des Herstellers hinausgeht.¹²³ Kriterium (4) ist bereits aus dem Urteil *Bristol-Myers Squibb* bekannt. Im Gegensatz zu den Fällen der Umverpackung von Medikamenten weigerte sich der EuGH jedoch, die darüber hinausgehenden Erfordernisse¹²⁴ auf den Fall der Umetikettierung zu übertragen.¹²⁵ Daraus kann jedoch nicht auf eine Änderung der Rechtsprechung zugunsten von Parallelimportoreuren geschlossen werden. Denn zunächst handelt es sich lediglich um einen Einzelfall. Außerdem gehören die Auflagen, auf die in *Ballantine* verzichtet wurde, nicht zu den entscheidenden. Wenn sicher ist, dass die Aufmachung der neuetikettierten Erzeugnisse nicht den Ruf der Marke schädigen kann, ist es aus Sicht des Markeninhabers nicht unbedingt erforderlich, sich gegenüber dem Verbraucher von der Aufmachung zu distanzieren. Die Übersendung einer Probe an den Markeninhaber soll es diesem ermöglichen, sich von dem, dem guten Ruf seiner Marke entsprechenden, äußerem Erscheinungsbild der Ware sowie von deren Originalbeschaffenheit zu überzeugen. Auch diese Absicherung ist nicht erforderlich, wenn Nichtbeeinträchtigung von Originalzustand und Ruf gewährleistet sind. Hinzu kommt, dass der EuGH in den Umverpackungsfällen von Medikamenten dem Markeninhaber zwar das Recht auf Einsichtnahme einer Probe vor der Vermarktung einräumt, jedoch die Zulässigkeit der Einfuhren aus offensichtlichen Gründen nicht von der Zustimmung des Markeninhabers abhängig macht, sondern vom Vorliegen der übrigen genannten Voraussetzungen.¹²⁶

¹²³ Vgl. die Rechtsprechung *Hoffmann-La Roche* und insbes. *Hag II*, (Fn. 60, 62).

¹²⁴ Angabe des Namens des Umpackers; Übersendung einer Probe des umgepackten Produkts an den Markeninhaber.

¹²⁵ EuGH, (Fn. 116), Rdnr. 49, mit der knappen Begründung, in diesem Fall genüge dies den Interessen des Markeninhabers.

¹²⁶ Vgl. *Bristol-Myers Squibb*, die Auflagen (1)- (5) (Text zu Fn. 103).

Es ist also festzuhalten, dass der EuGH seine seit *Hoffmann-La Roche* und *Hag II* vertretene Auffassung von einer um eine Qualitätskomponente erweiterten Herkunftsfunction vertieft hat.

VI. Vergleich der Rechtsprechung des EuGH mit dem Wortlaut des Art. 7 MRiL

Die Regelung der Erschöpfung in Art. 7 MRiL spiegelt die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 28, 30 EGV wider. Die in Art. 7 Abs. 1 MRiL festgelegte (mindestens) EWR-weite Erschöpfung findet ihre Grundlage in der vom EuGH seit *Grundig und Consten* und *Deutsche Grammophon* entwickelten Rechtsprechung. Der Ausnahmetatbestand des Art. 7 Abs. 2 MRiL greift die seit *Hoffmann-La Roche* vom Gerichtshof anerkannte Garantie- und Werbefunktion der Marke auf, indem er auf die Beeinträchtigung des Originalzustandes des markengeschützten Erzeugnisses nach Erstinverkehrsetzung abstellt. Unter diesen Tatbestand fallen wegen dessen lediglich beispielhaften Charakters jedoch auch mögliche Rufschädigungen der Marke allein aufgrund des äußereren Erscheinungsbildes des Produkts, wie der EuGH mehrmals¹²⁷ betont hat.

Ein auffälliger Unterschied besteht jedoch darin, dass Art. 7 Abs. 1 MRiL an die Zustimmung des inländischen Markeninhabers keine besonderen Anforderungen stellt, der EuGH dagegen in *Ideal Standard* ausdrücklich zwischen der Zustimmung zur Benutzung der ausländischen Marke im Ausland und der Zustimmung unterschieden hat, die die Erschöpfung des inländischen Rechts herbeiführt.¹²⁸ Letztere bejaht der EuGH, wie dargestellt, nur im Falle der Kontrollmöglichkeit durch den inländischen Markeninhaber. Der Unterschied zwischen dieser bedingten und der von Art. 7 Abs. 1 MRiL festgelegten unbedingten Zustimmung wird in den Fällen deutlich, in denen die im Ausland geschützte Ware mit der Zustimmung des inländischen Markeninhabers im Ausland in den Verkehr gebracht wird, ohne dass dieser vorher die Möglichkeit hatte, deren Qualität zu kontrollieren. Dies sind z.B. die Fälle der freiwilligen Markenübertragung.¹²⁹ Die Veräußerung der ausländischen Marke an eine vom Veräußerer unabhängige Person bedeutet, dass letztere die markengeschützte Ware allein und ohne Einfluss des ursprünglichen Inhabers auf den Markt bringen darf. Der EuGH würde also mangels Kontrollmöglichkeit des inländischen Schutzrechtsinhabers bezüglich der Qualität der Ware eine die Erschöpfung des inländischen Rechts auslösende Zustimmung verneinen, während dem Wortlaut des Art. 7 Abs. 1 MRiL zufolge eine solche Zustimmung vorliegt: die Übertragung der Auslandsmarke auf einen Dritten beinhaltet automatisch auch die Zustimmung zu ihrer Nutzung zumindest im Schutz-

¹²⁷ Vgl. Text zu Fn. 107 und 110.

¹²⁸ Vgl. oben, Text zwischen Fn. 72 und 73.

¹²⁹ Vgl. oben, Fn. 69.

land.¹³⁰ Der EuGH hat in den oben dargestellten Entscheidungen zu Art. 7 MRiL seine *Ideal Standard*-Rechtsprechung bestätigt.¹³¹ Er ist zu dieser vom Wortlaut abweichenden Auslegung gemäß Art. 234 Abs. 1 b) EGV ausdrücklich ermächtigt. Inhaltlich ist diese Interpretation aus folgenden Erwägungen gerechtfertigt:

Über den bloßen Wortlaut des Art. 7 MRiL hinaus ist zu berücksichtigen, dass es Zweck des Art. 7 MRiL war, die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 28, 30 EGV umzusetzen.¹³² Im Zeitpunkt des Erlasses der MRiL im Jahre 1988 existierte aber die *Ideal Standard*-Rechtsprechung (1994) noch nicht. Vielmehr galt damals noch die uneingeschränkte Zustimmungsformel der *Centrafarm*-Rechtsprechung,¹³³ nach der jede Zustimmung die Erschöpfung auslösen sollte. Will man jedoch den Willen des EG-Gesetzgebers nach wie vor berücksichtigen, muss man das Zustimmungserfordernis des Art. 7 Abs. 1 MRiL enger auslegen als früher.¹³⁴ Dadurch wird man auch der Markenfunktion eher gerecht. Da diese dergestalt über die Herkunft der Ware Aufschluss geben soll, dass der Verbraucher damit eine bestimmte Qualität verbindet, erfordert es das Interesse des Markeninhabers an dem Ruf seiner Marke, dass sein Abwehrrecht erst dann erlischt, wenn er die Möglichkeit hatte, die Ware zu kontrollieren. Ansonsten verwehrt man ihm zumindest in den Fällen der freiwilligen Markenaufspaltung den Schutz, der ihm unter Berücksichtigung der Qualitätskomponente der Marke zusteht. Insofern war das *Ideal Standard*-Urteil des EuGH die – späte – Folgerung aus der Anerkennung der Qualitätskomponente in *Hoffmann-La Roche*.

Insgesamt ist also davon auszugehen, dass Art. 7 Abs. 1 MRiL eine Erschöpfung anordnet, wenn die Ware mit Zustimmung des Markeninhabers im EWR in den Verkehr gebracht worden ist und der Markeninhaber die Möglichkeit hatte, die Qualität der Ware bei Inverkehrsetzung zu überprüfen. Dagegen muss alles, was zeitlich über die Erstinverkehrsetzung hinausgeht, z.B. Rufschädigung durch nachträgliche Veränderungen der Ware seitens Dritter, vom Markeninhaber im Rahmen des Art. 7 Abs. 2 EGV geltend gemacht werden (Rechtsprechung *Bristol-Myers Squibb*). Dies ist allerdings ausgeschlossen, wenn feststeht, dass der Parallelimporteur die vom EuGH in *Hoffmann-La Roche* und *Bristol-Myers Squibb* entwickelten Auflagen erfüllt hat, so dass eine Rufschädigung der Marke nicht möglich ist.

¹³⁰ Vgl. Text zu Fn. 71.

¹³¹ Vgl. etwa in Sig. 1997, I-6013 ff., Rdnr. 53 (*Dior*): „Was das Recht des Inhabers einer Marke angeht, sind Art. 36 EGV und Art. 7 Richtlinie nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs gleich auszulegen“.

¹³² *Sack*, (Fn. 71), S. 901.

¹³³ Vgl. Text zu Fn. 45.

¹³⁴ So im Ergebnis auch *Sack*, (Fn. 71), S. 901.

VII. Wen trifft die Beweislast für die Erschöpfung?

Diese Frage ist von erheblicher praktischer Relevanz und, wie anhand der folgenden Gerichtsentscheidungen deutlich wird, auf europäischer Ebene noch offen. Eine Stellungnahme des EuGH wird mit Spannung erwartet.

1. Die Karate-Entscheidung des BGH¹³⁵

In dieser zum Patentrecht ergangenen Entscheidung hat sich der BGH auf den Standpunkt gestellt, die Erschöpfung sei als Ausnahme gegenüber dem Ausschließlichkeitsrecht des Patentinhabers anzusehen.¹³⁶ Dies bedeutet, dass nach Ansicht des BGH den Parallelimporteur grundsätzlich die Beweislast bezüglich der tatsächlichen Voraussetzungen der Erschöpfung trifft. Er muss also darlegen und belegen, dass die von ihm verkauften Waren mit Zustimmung des Rechtsinhabers in den Verkehr gebracht worden sind. Dies bedeutet in der Regel, dass der Parallelimporteur seine Bezugsquellen für die im Streit stehenden Produkte offenlegen muss, und zwar bis zurück zum Rechtsinhaber bzw. einem von dessen Vertragshändlern.¹³⁷ Der BGH will dem Parallelhändler jedoch dann nicht präzisierte Darlegungs- und Beweiserleichterungen zubilligen, wenn der Parallelimporteur darlegen kann, dass ihm eine Offenlegung der Bezugsquellen nicht zugemutet werden kann, weil eine solche den Rechtsinhaber in die Lage versetzen würde, den Parallelhändler von seinen bisherigen Bezugsquellen abzuschneiden und so die nationalen Märkte in der EU abzuschotten.¹³⁸

Der BGH bejaht also die Möglichkeit, dass die Vorschriften des EGV über den freien Warenverkehr die normale Beweislastverteilung beeinflussen können. Das Gericht sah jedoch von einer Vorlage der Sache an den EuGH ab und betonte, es bestehe „kein ernsthafter Zweifel“ an der Vereinbarkeit der normalen Beweislastverteilung mit Art. 28 EGV.¹³⁹

135 BGH vom 14.12.1999 - X ZR 61/98 - (*Karate*). Die entscheidenden Auszüge des Urteils sind abgedruckt in *Simons, European trademark exhaustion, The European Legal Forum (ELF), Issue 1-2000/01*, S. 22 (31 f.).

136 BGH, (Fn. 135), S. 31, unter a).

137 Wie sich aus oben Gesagtem (Text zu Fn. 78) ergibt, muss sich der Rechtsinhaber ein Inverkehrsetzen durch einen Vertragshändler zurechnen lassen. Ein Inverkehrsetzen setzt nach OLG Stuttgart vom 15.8.1997 - 2 U 116/97 - eine Änderung der Gewaltverhältnisse an der geschützten Ware voraus. Eine solche Änderung ist rein tatsächlicher Natur und wird von einer entgegenstehenden Absprache zwischen Rechtsinhaber und Vertragshändler nicht berührt, vgl. LG München vom 4.12.1996 - 1 HKO 18329/896. Beide Entscheidungen sind auszugsweise abgedruckt bei *Simons*, (Fn. 135), S. 35-37.

138 BGH, (Fn. 135), ELF, S. 31/32, unter c).

139 BGH, (Fn. 135), unter d).

2. Die Stüssy-Entscheidung des BGH¹⁴⁰

Im Gegensatz zu *Karate* mögen dem BGH dann in dieser Art. 7 Abs. 1 MRiL betreffenden Sache doch Zweifel an der Vereinbarkeit der von ihm vorgeschlagenen Beweislastverteilung mit dem freien Warenverkehr gekommen sein. Der Bundesgerichtshof hat die Entscheidung in der Hauptsache ausgesetzt und einen Vorlagebeschluss an den EuGH erlassen, in dem er wissen möchte, ob Art. 28, 30 EGV so auszulegen seien, dass sie die Anwendung mitgliedstaatlicher Regeln erlauben, nach denen dem Parallelimporteur die Beweislast für die Erschöpfung auferlegt wird. Der BGH weicht in seinem Vorlagebeschluss zwar nicht von seinem in *Karate* festgelegten Grundsatz ab. Doch weist er selbst auf die Gefahr hin, die dem Parallelhändler (und damit dem freien Warenverkehr in der EU) durch eine Offenlegung seiner Bezugsquellen droht.¹⁴¹ Daraus folgert der BGH aber keine Umkehrung der Beweislast, sondern erwägt lediglich eine Beweiserleichterung: danach müsste der Parallelhändler die Zustimmung des Rechtsinhabers mit der Inverkehrsetzung der Produkte erst dann darlegen und beweisen, wenn der Rechtsinhaber die ihm zumutbaren Möglichkeiten zur Kennzeichnung der Ware wahrgenommen habe und auf diese Weise für eine Unterscheidbarkeit der für den EWR bestimmten Produkte von solchen, die in Drittstaaten verkauft werden sollen, gesorgt habe.¹⁴² Gemäß dieser dem EuGH vorgeschlagenen Lösung würde die Kennzeichnung einen entsprechenden Anscheinsbeweis darstellen,¹⁴³ so dass im Falle der Kennzeichnung der Ware als im EWR zu verkaufend der Rechtsinhaber den Gegenbeweis für seine dennoch fehlende Zustimmung antreten müsste.

Der EuGH hat die Vorlage des BGH bis jetzt noch nicht beantwortet.

3. Die BOSS Eyewear-Entscheidung des OGH¹⁴⁴

In dieser Sache, in der es ebenfalls um die Beweislastverteilung bezüglich der Erschöpfung von Markenrechten ging,¹⁴⁵ kam das österreichische Bundesgericht im Vergleich zum BGH zu einem entgegengesetzten Ergebnis. Zunächst verzichtete der OGH auf eine Vorlage zum EuGH, da die Frage der Beweislastverteilung in der MRiL nicht geregelt sei und damit jede Grundlage für einen Vorlagebeschluss fehle.¹⁴⁶ Diese Einschätzung mag im Hinblick auf die vom BGH

140 BGH vom 11.5.2000 - I ZR 19397 - (*Stüssy*), auszugsweise abgedruckt bei *Simons*, (Fn. 135), S. 28 f.

141 BGH, (Fn. 140), S. 28.

142 BGH, (Fn. 140), S. 29.

143 BGH, (Fn. 140), S. 29.

144 OGH vom 15.2.2000 - (*BOSS Eyewear*), auszugsweise abgedruckt bei *Simons*, (Fn. 135), S. 33 f.

145 Die im konkreten Fall umstrittene Vorschrift war § 10b Abs. 1 des österreichischen Markenschutzgesetzes, welcher fast wortgleich die Bestimmung des Art. 7 Abs. 1 MRiL übernimmt.

146 OGH, (Fn. 144), S. 33, rechte Spalte.

verdeutlichte Kollision der Beweislastverteilung mit dem freien Warenverkehr zunächst Widerspruch hervorrufen. Bei weiterer Lektüre des Urteils wird jedoch deutlich, dass der Ansatz des OGH einem Konflikt mit Art. 28 EGV in der Tat aus dem Weg geht. Im Anschluss an eine Meinung in der deutschen Rechtslehre führt das Bundesgericht aus, gemäß Art. 5 Abs. 1 MRiL – und den entsprechenden nationalen Vorschriften Österreichs und Deutschlands – sei die fehlende Zustimmung des Rechtsinhabers die Bedingung dafür, einem Dritten den Gebrauch einer Marke zu verbieten. Die fehlende Zustimmung sei folglich Teil des anspruchs begründenden Verbotsstatbestands, und zwar ein negatives Tatbestandsmerkmal, dessen Nichtvorliegen also vom Rechtsinhaber bewiesen werden müsse¹⁴⁷. Anderes gelte nur im Falle des Gebrauchs der Marke für Nichtrightware, welcher ein Indiz für die fehlende Zustimmung des Rechtsinhabers darstelle.¹⁴⁸ Gerade bei Parallelimporten werde jedoch Originalware verwendet, so dass hier eine fehlende Zustimmung des Rechtsinhabers nicht einfach vermutet werden könne.¹⁴⁹ Schließlich erläutert der OGH noch, wie seiner Ansicht nach der Beweis der fehlenden Zustimmung geführt werden solle: es sei nicht erforderlich, den gesamten Weg der Ware bis zum ersten Abnehmer darzulegen. Dies sei bei Massenware, die nicht speziell für den Verkauf in bestimmten Ländern gefertigt werde, unmöglich. Vielmehr reiche es aus, wenn der Rechtsinhaber die Undurchlässigkeit seines EWR-weiten Vertriebssystems beweise. Dies sei ein Indiz dafür, dass der Parallelhändler die Ware außerhalb des EWR erworben habe und nun versuche, sie in den EWR einzuführen. Dies wiederum indiziere die fehlende Zustimmung des Rechtsinhabers mit dem Verkauf seiner für Drittstaaten bestimmten Produkte innerhalb des EWR. Der Parallelhändler habe dann zu beweisen, dass er doch über das Einverständnis des Rechtsinhabers verfüge.¹⁵⁰

4. Stellungnahme zur Frage der Beweislastverteilung

Entscheidend für die Beantwortung dieser Frage ist, ob die Erschöpfung eine Einwendung gegenüber dem Ausschließlichkeitsrecht des Markeninhabers darstellt oder aber, als negatives Tatbestandsmerkmal, Teil des vom Rechtsinhaber darzulegenden Anspruchs selbst ist. Es kommt somit darauf an, ob die Erschöpfung dem Markenrecht als Ausnahme gewissermaßen selbstständig gegenüber steht oder aber einen unselbstständigen, integrierten Teil desselben darstellt.

Wortlaut und Systematik der Art. 5 und 7 MRiL sprechen eher für ein Regel-Ausnahme-Verhältnis: Art. 5 beschreibt die „Rechte aus der Marke“ und nennt die

¹⁴⁷ OGH, (Fn. 144), S. 34, linke Spalte, mit Hinweis auf *Ingerl/Robnke* und *Meyer-Kessel*.

¹⁴⁸ OGH, (Fn. 144), S. 34.

¹⁴⁹ OGH, (Fn. 144), S. 34, linke Spalte.

¹⁵⁰ OGH, (Fn. 144), S. 34, rechte Spalte. Der OGH legt hier die *Silhouette*-Rechtsprechung des EuGH zugrunde, nach der innerhalb des EWR ein System der regionalen Markenrechtserschöpfung gilt, das eine internationale Erschöpfung ausschließt. Vgl. dazu unten, VIII.

anspruchsbegründenden Voraussetzungen. Die Erschöpfung hingegen ist in einer gesonderten Vorschrift aufgeführt und als Verneinung des Rechts aus Art. 5 formuliert („Die Marke gewährt ihrem Inhaber nicht das Recht,[...]“).

Inhaltlich jedoch fällt der Parallelhandel nicht nur unter Art. 7, sondern ebenfalls unter Art. 5 Abs. 1 a). Der Importeur von markengeschützter Originalware benutzt nämlich ein mit der umstrittenen Marke identisches Zeichen für Produkte, die mit denen von der Marke geschützten identisch sind.¹⁵¹ Art. 7 beinhaltet also eine weitere Erläuterung und Eingrenzung des in Art. 5 definierten Rechts. Die in Art. 7 beschriebene Erschöpfung ist etwas, was sich zwangsläufig aus dem in Art. 5 festgelegten Recht ergibt. Es ist völlig normal, dass der aus Art. 5 Berechtigte seine Marke nutzt. Er ist zu deren Nutzung sogar verpflichtet, will er nicht ihren Verfall riskieren, vgl. Art. 12 Abs. 1 MRiL. Die ebenso normale Folge dieser Nutzung ist die Erschöpfung des Erstvermarktungsrechts. Diese ist also eine natürliche, folgerichtige Konsequenz der Markennutzung und kann deshalb nicht als selbständiger Ausnahmetatbestand qualifiziert werden. Eine Ausnahme ist etwas, das normalerweise eben nicht eintritt und deshalb gegen die Regel eingewandt werden kann. Die Erschöpfung dagegen ist integrierter Bestandteil des Markenrechts und begrenzt dieses in seiner Reichweite. Voraussetzung für ein Benutzungsverbot i.S.d. Art. 5 Abs. 1 MRiL ist also nicht nur die in derselben Vorschrift genannte fehlende Zustimmung des Rechtsinhabers, sondern gleichermaßen die fehlende Erschöpfung des Erstvermarktungsrechts.

Hier wird deshalb mit dem OGH davon ausgegangen, dass es nicht der Parallelhändler, sondern in der Regel der Markeninhaber ist, den die Darlegungs- und Beweislast bezüglich der Erschöpfung seines Rechts trifft. Er muss also, etwa in der vom OGH vorgeschlagenen Art,¹⁵² darlegen und eventuell beweisen, dass er einer Vermarktung bestimmter markengeschützter Waren im EWR nicht zugestimmt hat. Gelingt dies nicht, gilt seine Zustimmung als gegeben und das Ausschließlichkeitsrecht aus der Marke als erschöpft.

Diese Lösung erscheint ausgewogen und trägt den unterschiedlichen Situationen Rechnung, in denen sich Rechtsinhaber und Parallelhändler befinden. Während es ersterem durchaus zumutbar ist, die Undurchlässigkeit seines eigenen Vertriebssystems darzulegen, wird letzterer nicht der Gefahr ausgesetzt, durch Offenlegung seiner Lieferanten dieser Bezugsquellen verlustig zu gehen.

¹⁵¹ Beckmann, Die Reichweite des Erschöpfungsgrundsatzes nach neuem Markenrecht, GRUR Int. 1998, S. 836 (836).

¹⁵² Vgl. oben, Text zwischen Fn. 149 und 150.

VIII. Das Problem der Auslegung des Art. 7 Abs. 1 MRiL: Maximalvorschrift oder Minimalstandard?

Bis zum Erlass der MRiL wurde in Rechtsprechung und Literatur der EU-Staaten weitgehend davon ausgegangen, dass das vom EuGH entwickelte Konzept der EU-weiten Erschöpfung als Minimalstandard zu betrachten sei, der die Mitgliedstaaten nicht daran hindere, eine weitergreifende, also internationale, Erschöpfungslehre zu verfolgen.¹⁵³ Dies wurde aus dem *EMI-Urteil*¹⁵⁴ des EuGH gefolgt. Dort urteilte der Gerichtshof, dass die Warenverkehrsfreiheit einen Markeninhaber in der EG nicht daran hindere, die Einfuhr von mit dem gleichen Zeichen versehenen Waren aus Drittstaaten zu verhindern, solange kein Wettbewerbsverstoß vorliege. Eine eventuelle Pflicht des Drittstaatenimporteurs, das Warenzeichen vor der Einfuhr zu entfernen, sei eine zulässige Folge des Schutzes, „den die nationalen Rechtsvorschriften jedes Mitgliedstaates dem Inhaber des Warenzeichens gegenüber der Einfuhr mit einem identischen oder verwechslungsfähigen Warenzeichen versehener Erzeugnisse aus Drittländern gewähren“¹⁵⁵. Da also nach – damaliger – Ansicht des EuGH die Warenverkehrsfreiheit durch die Blockierung von Einfuhren aus Drittländern nicht beeinträchtigt wurde¹⁵⁶ und die Modalitäten eines Imports von jedem Mitgliedstaat selbst geregelt werden konnten, sah man letztere als frei bezüglich der zu wählenden Erschöpfung an, solange nur die innergemeinschaftliche Erschöpfung beachtet wurde. Dies änderte sich jedoch mit Erlass der MRiL.

1. Die Reaktionen auf die MRiL in einzelnen europäischen Staaten

Aus dem Wortlaut des Art. 7 Abs. 1 MRiL wurden in verschiedenen Staaten teils gegensätzliche Schlüsse gezogen.

a) Deutschland

(1) Die Rechtsprechung

In der Entscheidung *Gefärbte Jeans*¹⁵⁷ stellte der BGH äußerst knapp fest, der in Umsetzung der MRiL erlassene § 24 Abs. 1 MarkenG bewirke in Übereinstimmung mit Art. 7 Abs. 1 MRiL, dass entgegen der früheren Rechtslage (Urteile *Maja* und *Cinzano*) eine Erschöpfung des Rechts aus der inländischen Marke nicht

¹⁵³ *Joller*, (Fn. 59), S. 754; *Sack*, (Fn. 71), S. 898; *Beier*, (Fn. 1), S. 11; *Beier*, (Fn. 3), S. 614 f.

¹⁵⁴ EuGH, Rs. 96/75, Slg. 1976, S. 913 ff. (*EMI Records Ltd./CBS Schallplatten GmbH*), genauer dazu unten, 3.) Die Rechtsprechung des EuGH (*Silhouette*).

¹⁵⁵ EuGH, (Fn. 154), Leitsatz 6, S. 914.

¹⁵⁶ So ausdrücklich in Rdnr. 5, S. 949.

¹⁵⁷ BGH, GRUR 1996, S. 271 ff.

bereits mit Erstvermarktung der geschützten Ware an jedem beliebigen Ort der Welt eintrete, sondern erst mit einem Inverkehrbringen in einem Staat des EWR. Der Grundsatz der internationalen Erschöpfung sei infolge des Art. 7 Abs. 1 MRiL zugunsten einer auf den EWR beschränkten Erschöpfung aufgegeben worden.¹⁵⁸ Zur weiteren Begründung berief sich der BGH auf die amtliche Begründung des Markenrechtsreformgesetzes,¹⁵⁹ aus deren Wortlaut hervorgeht, dass der deutsche Gesetzgeber sich durch Art. 7 Abs. 1 MRiL veranlasst fühlte, den Grundsatz der weltweiten Erschöpfung aufzugeben. Der BGH fügte hinzu, es falle nicht in seine Zuständigkeit, zu entscheiden, ob die Beschränkung der Erschöpfungswirkung auf den EWR der Förderung des internationalen Handelsverkehrs zuwider laufe.¹⁶⁰

Eine andere Ansicht als der BGH hat das OLG Stuttgart in einer nicht veröffentlichten Entscheidung¹⁶¹ vertreten: die MRiL schließe das Prinzip der weltweiten Erschöpfung nicht aus, sondern enthalte lediglich einen Minimalstandard. Ein Verbot der internationalen Erschöpfung führe zur Beschränkung des Welthandels und widerspreche deshalb den Zielen des EGV.¹⁶² Das OLG distanzierte sich ausdrücklich von der Entwurfsbegründung der Bundesregierung zum Markenrechtsreformgesetz.¹⁶³ Die Erweiterung der Herkunftsfunktion der Marke um die Qualitäts- und Werbefunktion spreche nicht gegen die internationale Erschöpfung.

Die gleiche Position wie der BGH bezieht dagegen das LG Düsseldorf,¹⁶⁴ das sich ebenfalls auf die amtliche Begründung zu § 24 MarkenG beruft.

158 BGH, (Fn. 157), S. 273, unter a).

159 BT-Drucks. 12/6581, S. 81. Darin heißt es zu § 24 MarkenG, der im wesentlichen mit dem Wortlaut des Art. 7 MRiL übereinstimmt: „Hervorzuheben ist weiter, dass, anders als im geltenden deutschen Recht, die Erschöpfung nur eintritt, wenn das erste Inverkehrbringen im Inland, in einem EG-Mitgliedstaat oder in einem der anderen Vertragsstaaten des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum stattgefunden hat. Danach gibt es künftig keine im „klassischen“ Sinne internationale Erschöpfung mehr“. Zitiert bei *Loewenheim*, Nationale und internationale Erschöpfung von Schutzrechten im Wandel der Zeiten, GRUR Int. 1996, S. 307 (312).

160 BGH, (Fn. 157), S. 273, unter a).

161 OLG Stuttgart vom 3.9.1993, Az. 2 U 291/92, zitiert bei *Loewenheim*, (Fn. 159), S. 313, Fn. 72.

162 Vgl. Art. 131 Abs. 1 EGV.

163 Zu unterscheiden von der amtlichen Begründung des verabschiedeten Gesetzes; die Entwurfsbegründung enthält folgende Passage: „Die Ausgestaltung des § 24 ist ein weiterer Beweis für die These, dass dem neuen Markengesetz eine grundsätzlich veränderte Konzeption der Bedeutung des Markenschutzes zugrunde liegt. Die Herkunftsfunktion, die zwar weiterhin maßgeblich ist, wird künftig durch eine Reihe weiterer Markenfunktionen ergänzt werden, wie insbesondere die Qualitätsfunktion und die Werbefunktion.“ Die Bundesregierung übersicht hier offensichtlich, dass letztere bereits seit dem Urteil *Hoffmann-La Roche* vom EuGH zumindest als Teil der Herkunftsfunktion anerkannt sind.

164 Zitiert bei *Loewenheim*, (Fn. 159), S. 313, Fn. 81.

(2) Die Literatur

In der Literatur setzen sich vor allem *Klaka*¹⁶⁵ und *Sack*¹⁶⁶ dafür ein, dass Art. 7 Abs. 1 MRiL zwingend die EWR-weite Erschöpfung als Maximalvorschrift einführt. Damit geben diese Autoren die seit Erlass der MRiL wohl überwiegende¹⁶⁷ Meinung wieder.

Klaka beruft sich dabei zunächst auf die Erwägungsgründe 1, 3 und 9 der MRiL, nach denen die Hindernisse, die sich am unmittelbarsten auf das Funktionieren des Binnenmarktes auswirken, durch Harmonisierung beseitigt werden sollen und eingetragene Marken künftig in allen Mitgliedstaaten einheitlichen Schutz genießen sollen.¹⁶⁸ Sodann führt er die Entstehungsgeschichte¹⁶⁹ der MRiL an. Der Verzicht der Kommission auf Festlegung der weltweiten Erschöpfung bedeute, dass sich der europäische Gesetzgeber bewusst gegen eine derartige Lösung ausgesprochen habe.¹⁷⁰ Anschließend wird betont, die MRiL und das deutsche MarkenG hätten dazu geführt, dass der Schutz der Herkunftsfunktion nicht mehr der primäre Zweck des Markenschutzes sei. Die genannten Gesetze basierten vielmehr „sehr stark“ auf einer „besonderen Qualitäts- und Werbefunktion“¹⁷¹. Zur Begründung werden folgende Änderungen des bisherigen Markenrechts genannt:¹⁷²

- (1) Bekannte Marken werden gegenüber neueren identischen oder ähnlichen Marken geschützt, die für Waren oder Dienstleistungen eingetragen worden sind oder werden sollen, welche „*nicht* denen ähnlich sind“, für die die ältere Marke eingetragen ist.¹⁷³ Dieser Schutz findet also unabhängig von einer Warengleichartigkeit oder -ähnlichkeit statt.
- (2) Anders als bisher ist im deutschen Recht die Übertragung einer Marke auch ohne den dazu gehörigen Geschäftsbetrieb möglich.¹⁷⁴

¹⁶⁵ *Klaka*, Erschöpfung und Verwirkung im Licht des Markenrechtsreformgesetzes, GRUR 1994, S. 321 ff.

¹⁶⁶ Siehe Fn. 71.

¹⁶⁷ So *Loewenheim*, (Fn. 159), S. 313, linke Spalte unten.

¹⁶⁸ *Klaka*, (Fn. 165), S. 324 f.

¹⁶⁹ Siehe o., Text zu Fn. 80 ff.

¹⁷⁰ *Klaka*, (Fn. 165), S. 325.

¹⁷¹ *Klaka*, (Fn. 165), S. 326, wohl als Reaktion auf die von *Beier*, (Fn. 3), S. 614 geäußerte Ansicht, die Herkunftsfunktion des Markenrechts zwinge zur Annahme der internationalen Erschöpfung.

¹⁷² *Klaka*, (Fn. 165), S. 326.

¹⁷³ Art. 4 Abs. 3, Abs. 4 a) MRiL und § 9 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG, die sich auf die Eintragung von Marken beziehen, sowie Art. 5 Abs. 2 MRiL und § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG bzgl. der Benutzung von Marken; Hervorhebung im Haupttext vom Verfasser.

¹⁷⁴ § 47 ErstreckungsG vom 23.4.1992, BGBl. I, S. 938 = GRUR 1992, S. 749.

- (3) Das Recht aus der Marke kann seit Inkrafttreten des MarkenG verpfändet werden oder Gegenstand eines sonstigen dinglichen Rechts oder von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen sein.¹⁷⁵
- (4) Eine Teilung sowie Teilüberlassung der eingetragenen Marke ist nach dem neuen MarkenG ebenfalls möglich.¹⁷⁶

Die Notwendigkeit einer von der Herkunftsfunktion unabhängigen Qualitätsfunktion wird von dieser Auffassung mit der häufigen Praxis der Markenartikelhersteller begründet, in verschiedenen Regionen ihre Ware trotz gleicher Marke nach Aufmachung, Qualität und Preis bewusst verschieden zu produzieren, u.a. im Hinblick auf die unterschiedlichen gesetzlichen Anforderungen an die Qualität eines Erzeugnisses sowie die Verbrauchergewohnheiten. Folglich seien für bestimmte Gebiete selektive Vertriebssysteme im Interesse des besonderen „Markenimages“ erforderlich.¹⁷⁷ Dies bedeutet mit anderen Worten, dass die Funktion der Marke ausgeweitet werden soll auf den Schutz eines selektiven, Konkurrenten ausschließenden Vertriebssystems. Dieser Funktion würde aber bei bloßer Existenz einer Kontrollmöglichkeit des Markeninhabers i.S.d. bisher analysierten EuGH-Rechtsprechung nicht entsprochen, da mit dem Erfordernis der Kontrollmöglichkeit allein keine die Konkurrenz ausschließenden Vertriebssysteme gerechtfertigt werden können.

Bezüglich der wirtschaftlichen Aspekte macht *Klaka* auf die weltweit uneinheitliche Anwendung des Grundsatzes der internationalen Erschöpfung aufmerksam und verneint aus diesem Grunde einen positiven Effekt für die EG bei Beibehaltung dieser Doktrin.¹⁷⁸ Abschließend äußert *Klaka* die Auffassung, der EuGH werde aufgrund der durch die MRiL und das MarkenG herbeigeführten Funktionsänderung des Markenschutzes seine Rechtsprechung zu ändern und die Grenzen des Erschöpfungsgrundsatzes neu zu bestimmen.¹⁷⁹

In Ergänzung dieser Argumente, die für die Auslegung des Art. 7 Abs. 1 MRiL als Maximalvorschrift vorgebracht werden, nennt *Sack* die in den Begründungs erwägungen 4, 5, 7 und 9 der MRiL aufgeführten ausdrücklichen Ausnahmen, in denen eine Harmonisierung nicht angestrebt wird. Aus der Tatsache, dass die

175 § 29 Abs. 1 MarkenG.

176 §§ 27 Abs. 1 und 46 MarkenG.

177 *Klaka*, (Fn. 165), S. 326, rechte Spalte.

178 *Klaka*, (Fn. 165), S. 326, rechte Spalte. Dabei ordnet er die Schweiz den Staaten zu, die eine „rein nationale Markenerschöpfung gewählt“ hätten. Diese Einordnung ist nach der Entscheidung des Bundesgerichts vom 23.10.1996 (*Chanel/EPA*), s. näher dazu unter b), nicht mehr zutreffend.

179 *Klaka*, (Fn. 165), S. 327, in Stützung des Entwurfs des Bundesministeriums der Justiz zu § 24 MarkenG (zitiert bei *Klaka*). Dieser sah am Ende der Vorschrift einen Passus vor, der in Ergänzung des Wortlautes des Art. 7 Abs. 2 MRiL die Erschöpfung unabhängig von der physischen Beeinträchtigung der Originalware anordnete. Der Entwurf wurde jedoch in dieser Form nicht vom Bundestag verabschiedet, so dass sich § 24 Abs. 2 MarkenG auf die Übernahme der Formulierung aus der MRiL beschränkt.

Frage der Erschöpfung dort nicht erwähnt sei, müsse gefolgt werden, dass der EG-Gesetzgeber hier im Gegenteil eine vollständige Angleichung der mitgliedstaatlichen Markenrechte angestrebt habe¹⁸⁰. Denn das Ziel der MRiL, einen einheitlichen Mindeststandard des Markenschutzes in der EG zu erreichen, werde durch die Beibehaltung der internationalen Erschöpfung in einigen Mitgliedstaaten vereitelt, da diese Art der Erschöpfung dem Markeninhaber weniger Schutz biete als der nur regionale Verbrauch von Schutzrechten.¹⁸¹ Für den Ausschluss der internationalen Erschöpfung spreche auch der Gleichlaut der Art. 13 MVO i.V.m. Art. 11, 13 EWRA einerseits und Art. 7 Abs. 1 MRiL andererseits. Die hier vorgesehene EG-weite Erschöpfung der Gemeinschaftsmarke sei bei der Ausgestaltung der nationalen Markenrechtsordnungen zu berücksichtigen.¹⁸² Ferner sei die EG ein Beispiel dafür, dass der Grundsatz der weltweiten Erschöpfung keineswegs zwingend aus der Anerkennung der Herkunftsfunktion der Marke folge. Während sich das EG-Markenrecht ausdrücklich zu letzterer bekannt habe, habe man zur Vermeidung negativer handelspolitischer Auswirkungen für die EG bewusst eine nur EWR-weite Erschöpfung gewählt. Daraus folge, dass aus der Herkunftsfunktion im EG-Recht eine internationale Erschöpfung nicht abgeleitet werden könne.¹⁸³ Für die Zuständigkeit des Rates bezüglich des Erlasses von Erschöpfungsregeln, die auch die Beziehungen zu Drittstaaten betreffen, wird die EG-Kompetenz für die Entwicklung des Binnenmarktes in Art. 95 EGV ins Feld geführt.¹⁸⁴ Nationale Unterschiede in der Reichweite des Markenschutzes beeinträchtigten nämlich den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr¹⁸⁵ und fielen deshalb unter die innerstaatlichen Rechtsvorschriften, „die sich am unmittelbarsten auf das Funktionieren des Binnenmarktes auswirken“¹⁸⁶. Abschließend macht *Sack* darauf aufmerksam, dass man, sobald man die weltweite Erschöpfung für den EWR abgelehnt habe, Unterlassungsansprüche des Markeninhabers gegen Parallelimporteure nicht aus anderen Gründen, wie etwa einer fehlenden Verwechslungsgefahr, ablehnen könne. Diese sei zwar bei Zustimmung des Markeninhabers zur Erstinverkehrsetzung außerhalb des EWR nicht gegeben. Sie sei aber auch bei identischen Marken und Waren nicht erforderlich,¹⁸⁷ bei ähnlichen Marken oder Waren jedoch gegeben.¹⁸⁸

¹⁸⁰ *Sack*, (Fn. 71), S. 899.

¹⁸¹ *Sack*, (Fn. 71), S. 899.

¹⁸² *Sack*, (Fn. 71), S. 899, rechte Spalte.

¹⁸³ *Sack*, (Fn. 71), S. 899, S. 900.

¹⁸⁴ So ist die MRiL auch auf Art. 95 (ex-Art. 100a) EGV gestützt, wie sich aus deren Präambel ergibt.

¹⁸⁵ *Sack*, (Fn. 71), S. 900, ohne nähere Erläuterungen.

¹⁸⁶ Vgl. Erwägungsgrund 3 der MRiL.

¹⁸⁷ Vgl. Art. 5 Abs. 1 a) MRiL, der ein unbedingtes ausschließliches Recht enthält.

¹⁸⁸ *Sack*, (Fn. 71), S. 900; vgl. Art. 5 Abs. 1 b) MRiL, nach dem ein gedankliches Inverbindungsbringen der ähnlichen Marken durch den Verbraucher für ein Verbotsrecht des Markeninhabers gegenüber Drittbenutzern ausreicht.

Die Gegenansicht hat in der Literatur zuerst *Beier*¹⁸⁹ vertreten, der die Beschränkung der Markenfunktion auf die Anzeige der Herkunft der Ware als entscheidendes Argument ansah.

Darüber hinaus wird die Zuständigkeit der EG für Regelungen bestritten, die die Mitgliedstaaten zwingen, eine internationale Erschöpfungsdoktrin aufzugeben.¹⁹⁰ Die Ermächtigungsgrundlage, Art. 95 EGV, verleihe nur die Befugnis zur Verwirklichung der Ziele des Binnenmarktes, was lediglich u.a. den freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten betreffe. Die Beibehaltung der internationalen Erschöpfung in einem Mitgliedstaat sei jedoch keine den freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten behindernde Maßnahme, sondern beziehe sich ausschließlich auf den Handel eines Mitgliedstaates mit einem Drittland.¹⁹¹

Zum gleichen Ergebnis eines Minimumstandards in Art. 7 Abs. 1 MRiL gelangt *Loewenheim*.¹⁹² Zunächst widerspricht er allerdings der Auffassung *Ebenroths*, indem er darauf hinweist, dass die Rechtsangleichung zwecks Verwirklichung des Binnenmarktes i.S.v. Art. 95 EGV auch Beseitigungen von Wettbewerbsverfälschungen zwischen Unternehmen in den Mitgliedstaaten umfasse.¹⁹³ Eine derartige Wettbewerbsverfälschung liege bei unterschiedlicher Regelung der Erschöpfung in verschiedenen Mitgliedstaaten vor, da ein Unternehmen, welches Parallelimporte aus Drittstaaten nach nationalem Markenrecht abwehren könne, sich in einer günstigeren Wettbewerbsposition befinden als ein Hersteller, dem diese Möglichkeit nach einem anderen nationalen Markenrecht verschlossen sei.¹⁹⁴ Die Ansicht, Art. 7 MRiL enthalte kein Verbot der internationalen Erschöpfung, sondern diesbezüglich überhaupt keine Regelung, wird auf einen Vergleich dieser Vorschrift mit Art. 9 Abs. 2 der Vermietrechtsrichtlinie¹⁹⁵ gestützt¹⁹⁶: während letzterer ausdrücklich bestimme, eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts trete „nur“ mit Inverkehrbringung in der EG ein, fehle in Art. 7 Abs. 1 MRiL eine derartige Formulierung.¹⁹⁷ Außerdem sei in Erwägungsgrund 3 der MRiL ausdrücklich von

189 Vgl. Fn. 153.

190 *Ebenroth*, (Fn. 15), Rdnr. 26.

191 *Ebenroth*, (Fn. 15), Rdnr. 26.

192 *Loewenheim*, (Fn. 159), S. 313 ff.

193 *Loewenheim*, (Fn. 159), S. 313 ff., mit Hinweis u.a. auf das Urteil des EuGH vom 11.6.1991, Rs. C-300/89, Slg. 1991, I-2867, 2899, Rdnr. 14 (*Kommission/Rat - Titandioxyd*).

194 *Loewenheim*, (Fn. 159), S. 313.

195 Richtlinie des Rates vom 19.11.1992 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums (92/100/EWG), ABl. Nr. L 346 v. 27.11.1992, S. 61 ff.

196 *Loewenheim*, (Fn. 159), S. 314, linke Spalte.

197 Hiergegen wiederum *Gaster*, Die Erschöpfungsproblematik aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts, GRUR Int. 2000, S. 571 (580), mit Hinweis auf die Antwort des Kommissars *Monti* auf eine Anfrage des EP-Abgeordneten *Newens* zur Interpretation der Computerprogrammrichtlinie, die (ebenso wie die MRiL) das Wort „nur“ nicht enthält. Aus der Antwort *Montis* geht die Ansicht der Kommission

einer vollständigen Harmonisierung der nationalen Markenrechte Abstand genommen worden.¹⁹⁸ Der vom BGH im Urteil *Gefärbte Jeans* als entscheidende Begründung des Ausschlusses der internationalen Erschöpfung zitierten amtlichen Begründung zu § 24 Abs. 1 MarkenG¹⁹⁹ spricht *Loewenheim* jeglichen Auslegungswert für die Erschöpfungsfrage ab. Sie enthalte keinen eigenen gesetzgeberischen Regelungsgehalt, weil der Gesetzgeber offensichtlich davon ausgegangen sei, dass ihm Art 7 Abs. 1 MRiL in der Frage der Erschöpfung keine Entscheidungsfreiheit lasse.²⁰⁰ Schließlich bejaht *Loewenheim* – ebenso wie *Klaka* – eine durch die MRiL sowie das MarkenG in die Wege geleitete Erweiterung der Markenfunktion. Anhand der Schutzmöglichkeit für bekannte Marken auch außerhalb des Warenähnlichkeitstyps²⁰¹ werde deutlich, dass sich die Konzeption des Markenrechts gewandelt habe und jetzt auch der wirtschaftliche Wert der Marke unabhängig von einer Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion in den Schutz einbezogen sei²⁰². Anders als *Klaka* zieht *Loewenheim* aus dieser „Konzeptionsänderung“ aber nicht den Schluss, das Markenrecht solle ab sofort dem Inhaber ein Recht auf Abschottung verschiedener Märkte voneinander zwecks Ermöglichen einer unterschiedlichen Preispolitik gewähren. Eine derartige Tragweite des Markenschutzes könne nämlich aus den Vorschriften zum Schutz bekannter Marken nicht gefolgt werden, da diese keinen absoluten, sondern nur partiellen Schutz böten. So blieben bereits auf dem Markt eingeführte, aber noch nicht hinreichend bekannte Marken ungeschützt, obwohl auch sie einen wirtschaftlichen Wert aufwiesen. Folglich gebe es keinen zwingenden Grund für die Aufgabe des Grundsatzes der internationalen Erschöpfung im deutschen Markenrecht.²⁰³

Gegen eine Änderung der Markenfunktion im dargestellten Sinn spricht sich *von Gamm*²⁰⁴ aus. Die angeblich neue Qualitäts- und Werbefunktion sei von der Rechtsprechung schon lange anerkannt.²⁰⁵ Der Fortfall der Bindung der Marke an

hervor, ein solches Fehlen ändere nichts an einem Ausschluss der internationalen Erschöpfung. Angesichts der Tatsache, dass der Kommission jegliche Befugnis zur bindenden Gesetzesauslegung fehlt, ist diese Stellungnahme jedoch kein überzeugendes Argument für einen Ausschluss der internationalen Erschöpfung. Zur Schlussfolgerung *Gasters*, auf Nuancen in der Formulierung komme es somit nicht an, ist zu bemerken, dass jede juristische Auslegung zwingend vom genauen Wortlaut auszugehen hat, um den wahren Willen des Gesetzgebers nicht zu ignorieren. Wenn Nuancen in der Formulierung zu so grundlegend verschiedenen Ergebnissen führen wie hier (Ausschluss oder Zulassung von Parallelimporten von außerhalb des EWR), kommt es auf diese Nuancen sehr wohl an.

198 *Loewenheim*, (Fn. 196).

199 Vgl. Text zu Fn. 159.

200 *Loewenheim*, (Fn. 159), S. 314, rechte Spalte.

201 Vgl. Text zu Fn. 173.

202 *Loewenheim*, (Fn. 159), S. 314, 315.

203 *Loewenheim*, (Fn. 159), S. 315, der dort jedoch auch vermutet, der EuGH werde sich in Kürze gegenwärtig äußern.

204 *von Gamm*, Schwerpunkte des neuen Markenrechts – Referat anlässlich der GRUR-Jahrestagung am 3.6.1994, GRUR 1994, S. 775 ff.

205 *von Gamm*, (Fn. 204), S. 778.

den Geschäftsbetrieb²⁰⁶ ändere nichts daran, dass die Hinweisfunktion nach Veräußerung der Marke nunmehr bezüglich des maßgebenden neuen Geschäftsbetriebs bestehe.²⁰⁷ Die für den Ausschluss der internationalen Erschöpfung des öfteren angeführte Entstehungsgeschichte der MRiL habe in Art. 7 Abs. 1 MRiL keinen Ausdruck gefunden, so dass dieser die weltweite Erschöpfung nicht ausschließe.²⁰⁸ Schließlich weist *von Gamm* darauf hin, dass der Ruf bekannter Marken in Deutschland bereits vor Inkrafttreten des MarkenG über § 1 UWG geschützt wurde, § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG²⁰⁹ also nicht geeignet sei, einen Funktionswandel der Marke zu belegen.²¹⁰

Als entscheidend wird von diesem Autor die Tatsache betrachtet, dass der EuGH den EG-weiten Erschöpfungsgrundsatz nicht etwa aus dem Wesen der Marke abgeleitet, sondern aus dem Grundsatz der Warenverkehrsfreiheit entwickelt habe.²¹¹ Die EG-weite Erschöpfung habe mit dem Wesen der Marke nichts zu tun, sondern sei eine handelspolitische Entscheidung, aus der sich keine Folgerungen für eine Abkehr des Markenrechts von der Herkunftsfunktion ableiten ließen.²¹² Deshalb bestehe auch keine unbedingte Notwendigkeit für den EuGH, seine bisherige Rechtsprechung zur Erschöpfung aufzugeben.²¹³

b) Schweiz

Im Vergleich zum BGH kam das schweizerische Bundesgericht in der Erschöpfungsfrage zum exakt entgegengesetzten Ergebnis. Im Schweizer Markengesetz, welches die MRiL autonom nachvollzogen hat, ist auf eine ausdrückliche Regelung der Erschöpfungsproblematik verzichtet worden.²¹⁴ Im Hinblick auf die in der Schweiz traditionell vertretene internationale Erschöpfungstheorie²¹⁵ vertrat das Bundesgericht die Auffassung, wenn der Gesetzgeber eine diesbezügliche Änderung gewollt hätte, hätte er diese ausdrücklich im Gesetz verankert.²¹⁶ Die

206 Vgl. Text zu Fn. 174.

207 *von Gamm*, (Fn. 204), S. 777.

208 *von Gamm*, (Fn. 204), S. 778.

209 Diese Vorschrift schützt Marken auch unabhängig von einer Warengleichartigkeit, vgl. oben, Text zu Fn. 173.

210 *von Gamm*, (Fn. 204), S. 778. So auch *Beckmann*, (Fn. 151), S. 840, der zu Recht darauf verweist, dass die entsprechende Vorschrift der MRiL (Art. 5 Abs. 2) es den Mitgliedstaaten freistellt, den Markenschutz über den Warenähnlichkeitsbereich hinaus auszudehnen.

211 *von Gamm*, (Fn. 204), S. 778, rechte Spalte oben.

212 *von Gamm*, (Fn. 204), S. 778, rechte Spalte oben.

213 *von Gamm*, (Fn. 204), S. 778, rechte Spalte oben.

214 Vgl. Bundesgesetz zum Schutz der Marken vom 28.8.1992, SR 232.11.

215 Vgl. Fn. 29, Urteile *Philipps* und *Omo*.

216 BG, BGE 122 III, S. 469 = GRUR Int. 1998, S. 520, (*Chanel/EP4*)

weltweite Erschöpfung widerspreche nicht dem Territorialitätsprinzip²¹⁷ und stehe in Einklang mit der Funktionenlehre des Markenrechts sowie WTO-Recht.²¹⁸ Auffällig an dieser Entscheidung ist, dass die Frage der angemessenen Erschöpfungstheorie für den Fall abweichender Produktqualitäten ausdrücklich offen gelassen wurde.²¹⁹

c) Schweden²²⁰

Der schwedische Gesetzgeber hat sich zunächst geweigert, eine ausdrückliche Bestimmung über die geographische Reichweite der Erschöpfung in das nationale Ausführungsgesetz zur MRiL aufzunehmen. Dies wurde damit begründet, dass die Frage der Erschöpfung wegen des zweideutigen Wortlauts des Art. 7 MRiL auch nach Erlass dieser Vorschrift noch offen sei. Mittlerweile ist jedoch – wohl als Reaktion auf das *Silhouette*-Urteil des EuGH²²¹ – die Erschöpfung im EWR ausdrücklich gesetzlich festgelegt worden.²²²

d) Österreich und Dänemark²²³

In beiden Staaten wurde die MRiL in wortgleiche nationale Vorschriften umgesetzt.²²⁴ Anders als in Deutschland heißt es in der dänischen amtlichen Begründung des Markengesetzes, die MRiL zwinge die EG-Mitgliedstaaten nicht zur Aufgabe der weltweiten Erschöpfungstheorie. Dieselbe Ansicht hat der österreichische OGH zumindest vor der *Silhouette*-Entscheidung vertreten.²²⁵

2. Die Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshofs (Maglite)

Im *Maglite*-Urteil²²⁶ hatte der EFTA-Gerichtshof im Rahmen eines dem Art. 234 EGV nachgebildeten Vorabentscheidungsverfahrens²²⁷ zu entscheiden, ob ein dem

²¹⁷ Vgl. in diesem Sinne bereits den Text zu Fn. 14 ff.

²¹⁸ BG, (Fn. 216).

²¹⁹ BG, (Fn. 216), Erwägungsgrund 5 h.

²²⁰ Vgl. die diesbezügliche Darstellung bei *Kur*, Harmonization of the Trademark Laws in Europe – An Overview, IIC 28 (1997), S. 1 (16, oben).

²²¹ Dazu näher unter 3.

²²² Vgl. Varumärkeslagen (VML), § 4a. Ich danke Frau *Anna Öfele*, LL.M, vom schwedischen *Kommerskollegium* für diesen Hinweis.

²²³ Vgl. bei *Kur*, (Fn. 220).

²²⁴ Vgl. für Österreich § 10b Abs. 1 MSchG.

²²⁵ OGH vom 8.11.1994, (*Vorabstreifblätter*), GRUR Int. 1995, S. 810 (811, linke Spalte).

²²⁶ EFTA-Gerichtshof, Rs. E-2/97, (*Mag Instrument Inc./California Trading Company Norway, Ulsteen*), GRUR Int. 1998, S. 309 ff. mit Anm. *Joller*.

²²⁷ Gemäß Art. 34 des Übereinkommens zwischen den EFTA-Staaten über die Schaffung einer Überwachungsbehörde und eines Gerichtshofs (ÜGA) zwecks Auslegung des EWR-Rechts; gemäß Art. 6 EWRA sind Regelungen des EWRA, die solchen des EGV „in ihrem wesentlichen Gehalt“ ent-

EWR beigetretener EFTA-Staat – im Fall handelte es sich um Norwegen – nach Inkrafttreten der in den EWR übernommenen MRiL weiterhin den Grundsatz der internationalen Erschöpfung der Markenrechte anwenden könne, oder ob dies durch Art. 7 Abs. 1 MRiL ausgeschlossen sei.

Der Gerichtshof entschied im Sinne der ersten Alternative. Er stützte sich dabei auf drei Hauptargumente: die Interessen des freien Wettbewerbs und der Verbraucher, die Herkunftsfunktion der Marke sowie die Strukturunterschiede zwischen EWR und EG.

In Bezug auf ersteres argumentierte der Gerichtshof, das Angebot an Markenware im EWR werde durch die internationale Erschöpfung erhöht, so dass folglich die Preise fielen.²²⁸

Außerdem stehe die weltweite Erschöpfung im Einklang mit der Herkunftsfunktion, welche die „maßgebliche“ Markenfunktion sei.²²⁹ Denn die fraglichen, eingeführten Erzeugnisse seien vom Markeninhaber stammende Originalprodukte. Innerhalb dieser Herkunftsfunktion sei die Qualitätsfunktion als Bestandteil ersterer anzusehen.²³⁰ Zwar habe der EuGH in *Dior* die Bedeutung des Schutzes des Rufs der Marke betont. Dies könne jedoch nicht dazu führen, hier die Hauptfunktion der Marke anzusiedeln und folglich ein allgemeines Verbot von Parallelimporten zu befürworten.²³¹

Der von der EG-Kommission sowie von den Regierungen Deutschlands, Frankreichs und des Vereinigten Königreichs vorgebrachte Einwand, die Beibehaltung der internationalen Erschöpfung in einigen EWR-Mitgliedstaaten würde zu Störungen des freien Warenverkehrs im EWR führen, wurde vom EFTA-Gerichtshof hinsichtlich der EFTA-Staaten verworfen. Der Gerichtshof begründete dies mit der unterschiedlichen Struktur von EWRA und EGV: Ziel und Zusammenhang seien verschieden.²³² So begründe das EWRA keine Zollunion, sondern lediglich eine Freihandelszone, so dass die EFTA-Staaten ihre Außenhandelskompetenzen, anders als die EG-Staaten gemäß Art. 133 EGV, behalten hätten und folglich über die Frage der Erschöpfung von Schutzrechten gegenüber Drittstaaten frei entscheiden könnten.²³³

sprechen, „im Einklang“ mit einschlägigen Entscheidungen des EuGH auszulegen, die dieser vor Unterzeichnung des EWRA am 2.5.1992 erlassen hat. Spätere Entscheidungen des EuGH sind gemäß Art. 3 Abs. 2 ÜGA vom EFTA-Gerichtshof „gebührend“ zu berücksichtigen.

228 EFTA-Gerichtshof, (Fn. 226), Rdnr. 19.

229 EFTA-Gerichtshof, (Fn. 226), Rdnr. 20, mit Verweis auf EuGH, (Fn. 62), (*Hoffmann-La Roche*).

230 EFTA-Gerichtshof, (Fn. 226), Rdnr. 20, mit Verweis auf EuGH, (Fn. 62).

231 EFTA-Gerichtshof, (Fn. 226), Rdnr. 20, mit Verweis auf EuGH, (Fn. 62).

232 EFTA-Gerichtshof, (Fn. 226), Rdnr. 25, mit Verweis auf das Gutachten 1/91 des EuGH, Slg. 1991, I-6079 ff. (*EWR*)

233 EFTA-Gerichtshof, (Fn. 226), Rdnr. 27.

Der EFTA-Gerichtshof beendete das Urteil mit einem Hinweis auf das TRIPs-Abkommen²³⁴: dort sei die Frage der Erschöpfung ungeregelt geblieben, so dass gegen die internationale Erschöpfung im EWR von dieser Seite nichts einzubinden sei.²³⁵

3. Die Rechtsprechung des EuGH (Silhouette)

Ein gutes halbes Jahr nach *Maglite* kam der EuGH bezüglich derselben Frage in der Entscheidung *Silhouette*²³⁶ zu einem entgegengesetzten Ergebnis und bestätigte damit die Auffassung des BGH im Urteil *Gefärbte Jeans*. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: die österreichische Klägerin, die *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG*, ist Herstellerin hochwertiger Brillengestelle, die sie über ein selektives Vertriebssystem unter der Marke „Silhouette“ absetzt. Die Beklagte, die *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, verkauft ebenfalls Brillen, allerdings zu niedrigen Preisen, wie sie in ihrer Werbung betont. Die Klägerin hatte sich stets geweigert, der Beklagten ihre Produkte zum Weiterverkauf zu veräußern, weil sie den Vertrieb ihrer markenkennzeichneten Ware durch die Beklagte als dem von ihr aufgebauten Ruf besonderer Qualität und Aktualität abträglich erachtet. Über ungeklärte Wege gelang es der Beklagten dennoch, Modelle der Klägerin zu erwerben, welche diese vorher als Restposten nach Bulgarien verkauft hatte. Diese Brillen bot die Beklagte daraufhin unter der Originalmarke in Österreich zum Kauf an. Die Klägerin erhob Unterlassungsklage vor dem zuständigen österreichischen Gericht und berief sich auf ihr Markenrecht. Der letztinstanzlich mit der Sache beschäftigte OGH legte diese dem EuGH in einem Vorabentscheidungsverfahren vor, weil er Zweifel hatte, ob das ausschließliche Erstvermarktungsrecht der Klägerin durch den Verkauf der Brillen nach Bulgarien erschöpft worden war.

Der OGH stellte dem EuGH u.a. die Frage, ob nationale Rechtsvorschriften, die die weltweite Erschöpfung von Markenrechten vorsehen, mit Art. 7 Abs. 1 MRiL vereinbar seien – oder, mit anderen Worten, ob es Art. 7 Abs. 1 MRiL den EG-Mitgliedstaaten überlasse, über die EWR-weite Erschöpfung hinaus einen internationalen Verbrauch des Rechts aus der Marke vorzusehen.

Der EuGH verneinte dies und stützte sich dabei in einer angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung der Frage überraschenden Kürze auf vier Argumente:

(1) die Begründungserwägungen der MRiL, (2) eine systematische Auslegung anhand Art. 5 Abs. 2 MRiL, (3) den Zweck der MRiL, (4) sowie deren Ermächtigungsgrundlage.

²³⁴ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights.

²³⁵ EFTA-Gerichtshof, (Fn. 226), Rdnr. 29.

²³⁶ EuGH, Rs. C-355/96, Slg. 1998, I-4799 ff. (*Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG/Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*) = EuZW 1998, S. 563 ff. mit Anm. Renck.

Zunächst äußert der Gerichtshof an keiner Stelle des Urteils die Auffassung, der reine Wortlaut des Art. 7 Abs. 1 MRiL verbiete eine weltweite Erschöpfung. Vielmehr schließt er dies aus den Begründungserwägungen, die eine vollständige Harmonisierung der nationalen Markenrechte zumindest im Bereich der Art. 5 bis 7 MRiL erforderten.²³⁷ Zwar werde in Begründungserwägung 3 Satz 1 auf eine vollständige Angleichung verzichtet. Eine Ausnahme bestehe jedoch in Satz 2 bezüglich der nationalen Rechtsvorschriften, die sich am unmittelbarsten auf das Funktionieren des Binnenmarktes auswirken²³⁸. Eine derartige Notwendigkeit ergebe sich aus Begründungserwägungen 1 und 9²³⁹. Erstere stellt auf das Funktionieren des Binnenmarktes, letztere in Satz 1 auf die Erleichterung des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs ab.

Diese Interpretation sieht der EuGH systematisch dadurch bestätigt, dass Art. 5 Abs. 2 MRiL es den Mitgliedstaaten überlasse, für den gesondert genannten Bereich der bekannten Marken einen darüber hinausgehenden Schutz zu gewähren.²⁴⁰

Außerdem, so der EuGH weiter, werde allein diese Auslegung dem Zweck der MRiL gerecht, nämlich dem Schutz des Funktionierens des Binnenmarktes. Eine Beibehaltung der internationalen Erschöpfung durch einige Mitgliedstaaten bei gleichzeitiger Beschränkung der anderen Mitgliedstaaten auf die regionale Erschöpfung führe nämlich unvermeidlich zu Behinderungen des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs.²⁴¹

Diese Feststellung trifft der EuGH ohne jegliche weitere Erläuterung. Dies ist umso bedauerlicher, als er in der Entscheidung *EMI*²⁴² noch ausdrücklich festgestellt hatte, die Unterbindung von Einfuhren aus Drittstaaten berühre nicht die Warenverkehrs freiheit, weil das Verbot des Art. 28 EGV sich lediglich auf Maßnahmen „zwischen“ den Mitgliedstaaten beziehe.²⁴³ Auch Art. 24 und 23 Abs. 2 EGV²⁴⁴ änderten an diesem Ergebnis nichts, da diese Vorschriften, die sich lediglich auf die Erledigung von Einfuhrformalitäten bezogen, nicht gleichzeitig zur freien Zirkulierbarkeit der Importe in der EG unter Verletzung der nationalen Markenrechte führen könnten.²⁴⁵

237 EuGH, (Fn. 236), Rdnr. 25.

238 EuGH, (Fn. 236), Rdnr. 23.

239 EuGH, (Fn. 236), Rdnr. 24.

240 EuGH, (Fn. 236), Rdnr. 25.

241 EuGH, (Fn. 236), Rdnr. 27.

242 Vgl. Text zu Fn. 154, 155.

243 EuGH, (Fn. 154), Rdnr. 8.

244 Gemäß Art. 24 EGV befinden sich solche Waren aus Drittstaaten im freien Verkehr in der EG, für die die Einfuhrformalitäten des importierenden EG-Staates erfüllt sind. Gemäß Art. 23 Abs. 2 EGV gelten u.a. Art. 28 ff. EGV für Waren aus Drittstaaten, die sich in der EG im freien Verkehr befinden.

245 EuGH, (Fn. 154), Rdnr. 16.

Mit anderen Worten, die Einführen aus Drittstaaten werden zumindest bezüglich der Rechte aus der Marke nicht als am freien Warenverkehr teilnehmend angesehen und fallen deshalb nicht unter die bevorzugte Stellung, die Art. 28 EGV diesen Waren einräumt. Eine einzelstaatliche Entscheidung, ausschließlich der EG-weiten oder darüber hinaus der internationalen Erschöpfung zu folgen, stand folglich, da nur Waren aus Drittstaaten betreffend, nach damaliger Rechtsprechung in keinerlei Bezug zum freien Warenverkehr. Waren aus Drittstaaten konnten zwar nicht frei in der gesamten EG zirkulieren, aber immerhin in die Mitgliedstaaten eingeführt werden, die die internationale Erschöpfung kannten. Danach war es aufgrund der dort eingetretenen Erschöpfung möglich, die importierten Waren in alle dem weltweiten Rechtsverbrauch unterliegenden Staaten einzuführen.

Wenn der EuGH in *Silhouette* die Möglichkeit, aus Drittstaaten importierte Markenwaren aus bestimmten Mitgliedstaaten²⁴⁶ fern zu halten, als Behinderung des Warenverkehrs ansieht, dann steht er damit zwar nicht im Widerspruch zum *EMI*-Urteil, weil er nach wie vor die freie Zirkulierbarkeit solcher Drittstaatenwaren verneint. Jedoch zieht er gegensätzliche Konsequenzen, indem er die unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Regelungen nicht mehr als den Warenverkehr unberührt lassende – und deshalb zu akzeptierende – nationale Regelungen ansieht, sondern als zu beseitigende Handelshemmnisse. Diese unterschiedliche Betrachtungsweise gründet sicherlich auf der Tatsache, dass inzwischen die MRiL zur Harmonisierung der nationalen Markenrechte eingeführt worden ist, nationale Unterschiede also möglichst weitgehend beseitigt werden sollen. Zu beachten ist jedoch, dass eine vollständige Harmonisierung gerade nicht angestrebt ist,²⁴⁷ sondern nur insofern, als dies zum Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich ist.²⁴⁸ Ob darunter auch die Frage der Erschöpfung fällt, wird noch Gegenstand einer genaueren Untersuchung sein.²⁴⁹

Nach dem kurzen Hinweis auf den freien Warenverkehr setzt sich der Gerichtshof in *Silhouette* mit dem von der schwedischen Regierung vorgebrachten Einwand auseinander, Art. 95 EGV decke als Ermächtigungsgrundlage keine Regelungen, die die Beziehungen von EG-Mitgliedstaaten zu Drittstaaten betreffen. Dies sei kein Argument gegen die Auslegung der Art. 5 bis 7 MRiL als umfassende Harmonisierungsregeln. Selbst wenn die schwedische Auffassung zutreffe, so regele Art. 7 MRiL nicht die Beziehungen zwischen Mitgliedstaaten und Drittländern, sondern die Rechte von Markeninhabern in der EG.²⁵⁰

²⁴⁶ Nämlich aus solchen, die die internationale Erschöpfung ausschließen.

²⁴⁷ Vgl. 3. Begründungserwägung.

²⁴⁸ Vgl. Fn. 247.

²⁴⁹ Siehe u. 4.

²⁵⁰ EuGH, (Fn. 236), Rdnr. 29.

Der EuGH beendet seine Urteilsbegründung zu dieser Vorlagefrage mit dem Hinweis, es stehe den zuständigen EG-Stellen frei, die Erschöpfung des Art. 7 Abs. 1 MRiL durch völkerrechtliche Verträge (wie z.B. das EWRA) auf Drittstaaten auszudehnen.²⁵¹

In diesem letzten Punkt bezieht sich der EuGH deutlich auf die Erläuterungen der Kommission zum Vorschlag der MVO.²⁵² Auffällig ist, dass der Gerichtshof die zweite dort genannte Möglichkeit – Einführung der internationalen Erschöpfung durch den nationalen Richter in bestimmten Einzelfällen – mit keinem Wort erwähnt. Dies könnte bedeuten, dass er diese Alternative als unzulässig betrachtet. Andererseits geht aus der Erwähnung der ersten von der Kommission genannten Option hervor, dass der Gerichtshof die handelspolitische Motivation der Kommission anerkannt hat²⁵³ und deshalb die Möglichkeit der internationalen Erschöpfung nur unter der Bedingung der Gegenseitigkeit zugestehen will. Diese wird jedoch von der Kommission auch für die zweite Alternative zur Bedingung gemacht. *Joller* macht in diesem Zusammenhang darauf aufmerksam, dass die fragliche zweite Option in der Zeit vor *Silhouette* kaum Gegenstand der wissenschaftlichen Diskussion gewesen sei. Von daher sei eine ausdrückliche Behandlung dieses Aspekts durch den EuGH auch nicht zu erwarten gewesen.²⁵⁴ Allerdings sei eher von der Zulässigkeit der fraglichen Maßnahme auszugehen.²⁵⁵

4. Stellungnahme zur Auslegung von Art. 7 Abs. 1 MRiL

Die Auslegung des Art. 7 Abs. 1 MRiL durch den EuGH als eine die internationale Erschöpfung ausschließende Maximalvorschrift ist dann gerechtfertigt, wenn mit der MRiL eine diesbezüglich vollständige Angleichung der Markenrechte der EU-Mitgliedstaaten bezozen war.

Nach der dritten Begründungserwägung der MRiL ist dies vom europäischen Gesetzgeber nur hinsichtlich solcher nationaler Rechtsvorschriften gewollt, die sich „am unmittelbarsten auf das Funktionieren des Binnenmarktes auswirken“. Der Binnenmarkt umfasst gemäß Art. 14 Abs. 2 EGV einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist. Dies setzt nach Ansicht des EuGH unverfälschte Wettbewerbsbedingungen voraus.²⁵⁶ Der EuGH bezieht sich in *Silhouette* nur auf den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr.

251 EuGH, (Fn. 236), Rdnr. 30.

252 Vgl. Text zu Fn. 89.

253 So auch *Joller*, (Fn. 59), S. 759.

254 *Joller*, (Fn. 59), S. 759.

255 *Joller*, (Fn. 59), S. 759, jedoch mit dem Hinweis, abschließende Klärung könne hier nur eine entsprechende Vorlagefrage bringen.

256 EuGH, Rs. C-300/89, Slg. 1991, I-2867, 2899, (*Kommission/Rat Titandioxyd*), Rdnr. 14, mit Verweis auf Art. 2 und 3 EGV.

Die Beibehaltung der internationalen Erschöpfung durch einige EU-Mitgliedstaaten müsste also in unmittelbarer Weise eine Behinderung des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs in der EU verursachen. Der EuGH geht davon in Rdnr. 27 des Urteils ohne jegliche Begründung aus.

Eine Erklärung versucht *Renck*²⁵⁷ zu liefern. Waren, die in Drittstaaten auf den Markt gebracht und in Anerkennung internationaler Erschöpfung in einen EG-Mitgliedstaat gelangt seien, könnten von dort aus nicht frei in der EU zirkulieren, weil nach der EuGH-Rechtsprechung zu Art. 28 und 30 EGV eine EU-weite Erschöpfung erst eintrete, wenn die Inverkehrsetzung in der EU mit Zustimmung des Markeninhabers erfolgt sei.

Dies ist für sich genommen richtig. Bedeutet es jedoch auch die von der dritten Begründungserwägung verlangte unmittelbare Behinderung des freien Warenverkehrs durch die internationale Erschöpfung? Dies ist nur dann der Fall, wenn das Abschaffen der weltweiten Erschöpfung die o.g. Blockierung des freien Warenverkehrs in der EU wegfallen ließe.

Dies ist jedoch nicht der Fall. Bei Einführung einer zwingenden, EU-weiten Erschöpfung können die Waren aus Drittstaaten erst gar nicht in die EU eintreten. Während sie vorher zumindest noch in die Mitgliedstaaten eingeführt werden konnten, die der weltweiten Erschöpfungstheorie folgten, können sie jetzt vollständig aus der EU ferngehalten werden.

Die Abschaffung der internationalen Erschöpfung führt also gerade nicht zu einem freieren Warenverkehr in der EU, sondern im Gegenteil dazu, dass auch zwischen den ehemals der internationalen Erschöpfung folgenden Mitgliedstaaten kein Handel mit Drittstaatenwaren mehr stattfindet. Zwischen einem Mitgliedstaat mit regionaler und einem mit ehemals internationaler Erschöpfungsdoktrin ändert sich in dieser Hinsicht gegenüber der früheren Situation nichts.²⁵⁸

Zwar trifft es zu, dass durch den Gebrauch unterschiedlicher Erschöpfungstheorien durch die Mitgliedstaaten bestimmte Waren nicht in der gesamten EU zirkulieren können, Art. 30 EGV. Ob jedoch die vollständige Verbannung dieser Drittstaatenwaren dem freien Warenverkehr förderlicher ist, wird hier bezweifelt. Es erscheint höchst widersprüchlich, den Ausschluss bestimmter Waren mit dem Prinzip der Warenverkehrsfreiheit zu begründen.²⁵⁹ Natürlich wird dadurch eine Gleichbehandlung aller EU-Bürger erreicht, aber im Negativen. Im Gegensatz zu früher stehen nun die preiswerteren Drittstaatenwaren keinem mehr zu Verfügung. Es wird also nicht etwa dafür gesorgt, im Interesse der Verbraucher die Verfügbar-

²⁵⁷ *Renck*, Anmerkung zur EuGH-Entscheidung *Silhouette*, EuZW 1998, S. 565 (566, linke Spalte oben); ebenso *Gaster*, (Fn. 197), S. 573, rechte Spalte.

²⁵⁸ Ähnlich *Albert/Heath*, Anmerkung zur BGH-Entscheidung *Gefärbte Jeans*, GRUR 1996, S. 275 (277, linke Spalte).

²⁵⁹ Zum Prinzip des unverfälschten Wettbewerbs siehe unten.

keit dieser Waren auch in den der regionalen Erschöpfung folgenden Mitgliedstaaten zu ermöglichen, um eine Gleichbehandlung auf hohem Niveau zu erreichen, sondern die Vorteile, die die Verbraucher in einigen Mitgliedstaaten durch die internationale Erschöpfung genießen konnten, werden abgeschafft, um zu einer Gleichbehandlung auf niedrigem Niveau zu gelangen. Kann dies der Zweck des Binnenmarktes sein? Der Sinn des freien Warenflusses ist es doch, das Angebot zu erhöhen und dadurch den Wohlstand der Verbraucher zu fördern. In diesem – und nur in diesem – Sinn strebt Art. 28 EGV eine Gleichbehandlung aller EU-Bürger an. Ziel ist nicht eine Gleichbehandlung um ihrer selbst Willen, sondern zwecks Ausdehnung bestimmter Vorteile, die nur in einigen Mitgliedstaaten existieren, auf die Verbraucher aller Mitgliedstaaten. Die *Silhouette*-Entscheidung führt hingegen zur Angleichung der Rechte der Markeninhaber auf höchstem Niveau, auf Kosten der Verbraucher, und verwechselt somit die Regel des Art. 28 EGV mit der Ausnahme des Art. 30 EGV. Letztere schützt als Gegenpol zu Art. 28 den Markeninhaber. Im Ergebnis führt die Argumentation des EuGH also zu einer Förderung der Interessen der Markeninhaber, aber nicht über Art. 30 EGV, sondern Art. 28 EGV, welcher gerade zum Wohl der großen Mehrheit der Verbraucher geschaffen wurde.²⁶⁰

Es bleibt also festzuhalten, dass das Ziel der Gleichbehandlung aller EU-Bürger hinsichtlich des Warenangebotes dann nicht anwendbar ist, wenn dies zu keinerlei Verbesserungen führt, sondern im Gegenteil die Wahlmöglichkeit vieler – in den Mitgliedstaaten mit bisher internationaler Erschöpfung – verringert und die Preise verteuert, während die Situation für die restlichen EU-Bürger (in den Mitgliedstaaten mit nur regionaler Erschöpfung) unverändert bleibt. Das EU-weite Gesamtergebnis ist eine Verringerung des Angebots an Produkten. Anstatt formelhafter Verweise auf den Binnenmarkt hätte man vom EuGH hier einige Überlegungen zu dessen Zweck erwartet.²⁶¹

Die Abschaffung der internationalen Erschöpfung könnte allerdings erforderlich sein, um innerhalb der EG für gleiche Wettbewerbsbedingungen zu sorgen.²⁶² *Loewenheim* weist in diesem Zusammenhang auf Wettbewerbsnachteile von

260 Vgl. *Müller-Graff*, (Fn. 32), Art. 30, Rdnr. 4, der Wohlfahrtseffekte für den Verbraucher, insbesondere Wettbewerb mit entsprechendem Innovationsdruck, als wirtschaftstheoretisches Ziel des Binnenmarktes nennt. Umso erstaunlicher ist *Gasters*, (Fn. 197), S. 580, Argumentation, der auf die „Gefahr“ aufmerksam macht, die durch Beibehaltung der internationalen Erschöpfung drohe: nach Wegfall der unionsinternen Grenzkontrollen könnten kostengünstigere (!) Paralleleinfuhren auch in solche EU-Mitgliedstaaten gelangen, die die internationale Erschöpfung ausschließen. Dies sei mit dem Binnenmarkt unvereinbar. *Gaster* benutzt also zwei fundamentale Freiheitsprinzipien der EG (das Binnenmarktprinzip/die Warenverkehrsfreiheit sowie den Wegfall der Grenzkontrollen) für die Rechtfertigung eines Ergebnisses, welches die Freiheit vieler EU-Bürger bzgl. der Produktauswahl empfindlich einschränkt.

261 Vgl. auch Schlussanträge von GA *Jacobs* v. 29.1.1998 im Fall *Silhouette*, Rs. C-355/96, Slg. 1998, I-4802 (4812, Rdnr. 41), der ebenfalls nur lapidar feststellt, die Beibehaltung der internationalen Erschöpfung durch einige Mitgliedstaaten führe zu Handelshemmnissen, die die MfR zu beseitigen suche.

262 Vgl. Text zu Fn. 256.

Markeninhabern in Mitgliedstaaten hin, die die internationale Erschöpfung anerkennen.

Diese Sichtweise ist jedoch zu einseitig, denn andererseits führt der Ausschluss der internationalen Erschöpfung dazu, dass multinationale Unternehmen ihre Produktion in Niedriglohnstaaten außerhalb der EU verlagern können und die dort vermarkteteten Waren mangels Erschöpfung ihrer europäischen Markenrechte vom EU-Markt fernhalten können, sich also in der EU keinen Billigangeboten ihrer eigenen Markenware durch Parallelimporteure zu stellen brauchen. Die Herstellungskosten, die im Vergleich zu einer Produktion ausschließlich in EU-Staaten niedrig sind, ermöglichen es den internationalen Unternehmen, ihre Ware in der EU zu günstigeren Preisen anbieten zu können als die ausschließlich lokal produzierende Konkurrenz. Damit verhilft der Ausschluss der internationalen Erschöpfung Großunternehmen zu beachtlichen Wettbewerbsvorteilen gegenüber mittelständischen Unternehmen.²⁶³

Darüber hinaus stellt sich die prinzipielle Frage, ob die oben angesprochene Benachteiligung von Markeninhabern in solchen Mitgliedstaaten, die die internationale Erschöpfung beibehalten, überhaupt dem Binnenmarktkonzept widerspricht. Es ist richtig, dass zu dessen Verwirklichung solche nationalstaatlichen Rechtsvorschriften abgeschafft werden müssen, die miteinander konkurrierende Unternehmen in verschiedenen Mitgliedstaaten verschieden schwer belasten. Es soll verhindert werden, dass die Wettbewerbsfähigkeit bestimmter Firmen nicht durch ihre eigene Leistung, sondern durch die jeweiligen Gesetze des Mitgliedstaates, in dem sie ansässig sind, bestimmt wird.²⁶⁴ Bezuglich der internationalen Erschöpfung könnte argumentiert werden, deren Beibehaltung stelle eine solche, die realen Wirtschaftsdaten verzerrende staatliche Regelung dar. Zusätzlich zu der obigen Feststellung, dass auch die Abschaffung der internationalen Erschöpfung marktverzerrende Wirkung entfalten kann,²⁶⁵ darf in diesem Zusammenhang jedoch der Zweck des Postulats gleicher Wettbewerbsbedingungen nicht aus den Augen verloren werden: dieses dient der Verwirklichung des Binnenmarktes, also der in Art. 14 Abs. 2 EGV genannten Grundfreiheiten. Ein Schutz von Unternehmen vor belastenden staatlichen Vorschriften wird angestrebt, um es diesen Unternehmen zu ermöglichen, ihre Produkte frei von derartigen Regeln auf den EU-weiten Markt zu bringen. Eigentliches Ziel des Binnenmarktes ist also nicht der Schutz der Unternehmen als solcher, sondern des von ihnen abhängigen freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs. Es soll vermieden werden, dass der freie Fluss von Produkten durch staatliche Regeln erschwert wird, die dazu führen, dass bestimmte Unternehmen so teuer produzieren müssen, dass sie ihre eigentlich wettbewerbsfähigen Güter in anderen EU-Mitgliedstaaten, in denen vergleichbare

263 Albert/Heath, (Fn. 258), S. 278, rechte Spalte unten.

264 Bardenbwer/Pipkorn, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Fn. 32), Art. 7a, Rdnr. 34.

265 Vgl. Text zu Fn. 263.

staatliche Regeln nicht bestehen, nicht absetzen können. Das Erfordernis des unverfälschten Wettbewerbs steht somit nicht unabhängig neben der Verwirklichung der Grundfreiheiten, sondern ist diesen untergeordnet und hat diesen zu dienen. Dies ergibt sich aus Art. 14 Abs. 2 EGV selbst. Dort werden die Grundfreiheiten erwähnt, nicht aber die Wettbewerbsbedingungen. Damit ist klar, dass die Wettbewerbsbedingungen nicht das eigentliche Ziel des Art. 14 EGV sind, sondern lediglich Mittel zum Zweck. Dies ist auch die Ansicht des EuGH selbst, der in der *Titandioxyd*-Entscheidung unterstreicht, Harmonisierungsmaßnahmen zwecks Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen müssten „zur Verwirklichung der in Art. 8a (heute Art. 14 EGV) genannten Grundfreiheiten“ getroffen werden.²⁶⁶

Wie bereits festgestellt, führt die Abschaffung der internationalen Erschöpfung nicht zu einem verstärkten Warenfluss innerhalb der EU, sondern vermindert im Gegenteil das Warenangebot in und den Warenfluss zwischen denjenigen Mitgliedstaaten, die bisher die internationale Erschöpfung anerkannt haben. Eine derartig verstandene Angleichung der Wettbewerbsbedingungen bedeutet also gerade das Gegenteil von dem, was mit dem Binnenmarkt bezweckt wird. Eine Harmonisierung im Sinne einer Begrenzung der nationalen Markenrechte auf die EWR-weite Erschöpfung hat deshalb nicht den unmittelbar positiven Einfluss auf das Funktionieren des Binnenmarktes, den die dritte Begründungserwägung der MRiL verlangt. Folglich kann auch aus der Notwendigkeit des unverzerrten Wettbewerbs in der EU kein Zwang zu einer Harmonisierung der nationalen Markenrechte im Sinne der regionalen Erschöpfung abgeleitet werden.

Damit ist das Argument des EuGH widerlegt, der Binnenmarkt erfordere den Ausschluss der internationalen Erschöpfung²⁶⁷.

Der Hinweis des Gerichtshofs auf Art. 5 Abs. 2 MRiL schließlich ist ebenso wenig überzeugend. Wie sich aus der neunten Begründungserwägung ergibt, gründet sich das Erfordernis einheitlichen Schutzes der nationalen Marken ausdrücklich auf die Erleichterung des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs. Dieser ist jedoch, wie dargestellt, von der Beibehaltung der internationalen Erschöpfung nicht be-

266 EuGH, (Fn. 256), Rdnr. 15. Ebenso *Ehlermann*, The Internal Market Following The Single European Act, CMLR 24 (1987), S. 361 (369 f.): „In particular it (Der Begriff des Binnenmarktes, Anm. des Verf.) implies the creation of conditions of competition which allow the free circulation of goods, persons, services and capital in an area without internal frontiers.“ Siehe auch *Langeheine*, Le rapprochement des législations nationales selon l'article 100 A du Traité CEE: l'harmonisation communautaire face aux exigences de protections nationales, Revue du marché commun 1989, 347 (350): „[...]la création du marché intérieur ne s'épuise pas dans la suppression des frontières intérieures mais englobe de façon nécessairement complémentaire un rapprochement des conditions de concurrence, afin de permettre une exploitation efficace et non-discriminatoire des libertés fondamentales garanties par le Traité“.

267 Gleiches gilt für die Ansicht *Gasters*, (Fn. 197), S. 579, linke Spalte, aus dem Verzicht des Gemeinschaftsgesetzgebers, die internationale Erschöpfung in die MRiL aufzunehmen, müsse ein implizites Anwendungsverbot dieser Erschöpfungsregel gefolgt werden. Wie ausgeführt, erstreckt sich der Harmonisierungzwang der MRiL eben nicht auf die Frage der Erschöpfung, sondern nur auf die in der siebten und achten Begründungserwägung aufgezählten Formalien, dazu sogleich.

troffen. Folglich gehört die Erschöpfung zu den Bereichen des Markenschutzes, in dem gemäß der dritten Begründungserwägung der MRIL eine vollständige Angleichung nicht notwendig ist. Damit ist auch das Argument *Sacks*²⁶⁸ und *Gasters*²⁶⁹ widerlegt, die Erreichung eines EG-weiten Mindestschutzstandards erfordere den Ausschluss der internationalen Erschöpfung. Dieser einheitliche Schutz wird nur insofern angestrebt, als er der Erleichterung des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs dient. Wenn *Sack*²⁷⁰ sich auf die in den Begründungserwägungen genannten Ausnahmen beruft, lässt er die wichtigste Ausnahme unerwähnt: die nationalen Rechtsvorschriften, die sich nicht unmittelbar auf das Funktionieren des Binnenmarktes auswirken. Außerdem werden in der siebten und achten Begründungserwägung der MRIL jene Bereiche aufgezählt, deren Harmonisierung zur „Verwirklichung der mit der Angleichung verfolgten Ziele“ erforderlich ist. Diese betreffen Formalien bezüglich des Erwerbs und der Aufrechterhaltung von Marken; die Frage der Erschöpfung, die nur das Erstvermarktungsrecht und keine weiteren Rechte aus der Marke betrifft, ist nirgends erwähnt.

Festzuhalten ist daher, dass aus den Begründungserwägungen sowie dem Zweck der MRIL, auf die sich der EuGH gestützt hat, die Notwendigkeit einer vollständigen Harmonisierung der Erschöpfung gerade nicht gefolgt werden kann.

Die vom EuGH getroffene Auslegung wäre allerdings auch dann vertretbar, wenn die Funktion der Marke eine Möglichkeit der Marktaufteilung zwecks Preisdifferenzierung erforderte.

Der EuGH geht auf dieses Problem mit keinem Wort ein. Tatsächlich jedoch hat er mit *Silhouette* zum ersten Mal in seiner Rechtsprechung ein Recht des Markeninhabers auf eine derartige Marktaufteilung zumindest implizit befürwortet. Der Inhaber einer Marke eines EU-Mitgliedstaates kann seine Produkte auch nach bereits erfolgter Erstinverkehrsetzung in Drittstaaten innerhalb des EWR zu höheren Preisen vermarkten als außerhalb, weil sein inländisches Ausschließlichkeitsrecht aus der Marke durch die Erstinverkehrsetzung in dem Drittstaat nicht erschöpft wurde und er folglich Parallelimporte der eigenen Markenware aus dem Drittstaat verhindern kann. Er vermeidet also den Wettbewerb, der ihn im Fall der Beibehaltung der internationalen Erschöpfung im Inland zu Preissenkungen zwingen würde.

Ob diese erhebliche Ausdehnung der Monopolstellung des Markeninhabers gerechtifertigt ist, hängt davon ab, ob die Funktion der Marke weiterhin ausschließlich darin zu sehen ist, dem Verbraucher die Herkunft der Ware anzuseigen, so dass sich dieser auf eine gleichbleibende Qualität der Ware verlassen kann (Herkunftsfunction mit integrierter Qualitätskomponente), oder ob zusätzlich zur

268 Vgl. Text zu Fn. 181.

269 Vgl. *Gaster*, (Fn. 197), S. 578, linke Spalte.

270 Vgl. Text zu Fn. 180.

Herkunftsfunktion eine davon unabhängige Qualitätsfunktion bzw. Werbefunktion entstanden ist, die dem Markeninhaber z.B. das Recht geben würde, die Einfuhr von eigener Markenware zu verhindern, die für einen anderen Markt hergestellt wurde, deshalb eventuell von geringerer Qualität ist und auf diese Weise den Ruf der heimischen Marke gefährden könnte. Eine derartige Funktionsänderung wird z.B. von *Klaka* mit Hinweis auf Art. 5 Abs. 2 MRiL begründet.²⁷¹ Ebenso folgert *Loewenheim* aus dem Markenschutz außerhalb des Warenähnlichkeitsbereichs, unabhängig von der Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion werde jetzt der wirtschaftliche Wert der Marke geschützt.²⁷²

Artikel 5 Abs. 2 MRiL lautet wie folgt:

„Die Mitgliedstaaten können ferner bestimmen, dass es dem Inhaber gestattet ist, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr ein mit der Marke identisches oder ihr ähnliches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, die nicht denen ähnlich sind, für die die Marke eingetragen ist, wenn diese in dem betreffenden Mitgliedstaat bekannt ist und die Benutzung des Zeichens die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung der Marke ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt.“

Die daraus von *Loewenheim* und *Klaka* gefolgernte Funktionsänderung erscheint fraglich. Denn worin sonst liegt dieser wirtschaftliche, von Art. 5 Abs. 2 MRiL erfasste Wert der Marke als in ihrem Ruf, d.h. gerade in der Identifizierung mit einem bestimmten Hersteller? Wenn der in Art. 5 Abs. 2 MRiL genannte Fall eintritt, wird die Wertschätzung der Marke deshalb unlauter ausgenutzt, weil der Verbraucher die von einem Dritten hergestellte Ware irrigerweise als das Produkt eines von ihm geschätzten Herstellers identifiziert, und es deshalb erwirbt. Sollte er anschließend etwa mangelhafte Qualität feststellen, wird die Wertschätzung der Marke jetzt umgekehrt beeinträchtigt, weil der Verbraucher wieder irrigerweise davon ausgeht, die Ware des Dritten stamme vom Markeninhaber. In beiden Fällen beruht die Ausnutzung bzw. Beeinträchtigung der Wertschätzung oder Unterscheidungskraft der Marke also auf einem Irrtum bezüglich der Herkunft der Ware.

Nun erfasst Art. 5 Abs. 2 MRiL zumindest dem ersten Anschein nach auch den Fall, in dem Dritte die bekannte Marke für Erzeugnisse benutzen, die vom Markeninhaber selbst stammen, jedoch denjenigen unähnlich sind, für die die Marke eingetragen worden ist. In diesem Fall irrt sich der Verbraucher in der Tat nicht über die Herkunft der Ware.

²⁷¹ Vgl. Text zu Fn. 172, 173.

²⁷² Vgl. Text zu Fn. 201, 202.

Jedoch ist ein Berufen auf die Vorschrift nur möglich, wenn eine unlautere Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft oder Wertschätzung der Marke vorliegt.

Das Ausnutzen der Wertschätzung liegt darin, dass der Verbraucher mit dem fraglichen Produkt die gleiche, hohe Qualität verbindet wie mit dem anderen, ihm bereits bekannten Markenerzeugnis. Ob dieses Ausnutzen jedoch als „unlauter“ bezeichnet werden kann, ist fraglich. Die Vorschrift dient dem Schutz des Markeninhabers. Wenn aufgrund der Ausnutzung der Wertschätzung der Marke seine eigenen Produkte verstärkt nachgefragt werden, kann dies nur im Interesse des Markeninhabers sein. Selbst wenn nicht er selbst, sondern Dritte seine Ware an den Verbraucher veräußern, so profitiert er doch indirekt davon, weil diese Dritten die Erzeugnisse wiederum von ihm selbst erwerben. Dadurch kann er indirekt den Preis seiner Waren für den Endverbraucher bestimmen. Im eigenen Interesse können Dritte seine Ware nicht – zumindest auf Dauer – unter dem von ihnen selbst gezahlten Ankaufspreis verkaufen. Weichen sie deshalb auf andere Hersteller aus, liegt dagegen eine unlautere Ausnutzung vor, weil die Marke für Produkte genutzt wird, die nicht vom Markeninhaber stammen.

Umgekehrt ist ebenso fraglich, ob die Beeinträchtigung des Rufes der Marke unlauter ist, wenn sie auf Qualitätsmängeln in der eigenen Produktion des Markeninhabers beruht. Im Unterschied zu dem Fall, in dem Drittwaren seinen Ruf schädigen, ist der Markeninhaber hier selbst für seinen eventuellen Schaden verantwortlich. Wenn der Verbraucher in diesem Fall aufgrund eines mangelhaften, mit der bekannten Marke gekennzeichneten Produkts den Eindruck bekommt, der Markeninhaber stelle nicht nur Ware von guter Qualität her, ist dieser Eindruck berechtigt, und von einer „unlauteren“ Beeinträchtigung kann keine Rede sein.

Die Unlauterkeitsvoraussetzung beschränkt also den Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 2 MRiL auf die Fälle, in denen es um Waren geht, die nicht aus der Herstellung des Markeninhabers stammen. In diesen Fällen ist jedoch, wie dargestellt, die klassische Herkunftsfunktion betroffen.

Damit bedeutet Art. 5 Abs. 2 MRiL keine Abwendung von der Herkunftsfunktion, sondern im Gegenteil gerade eine Bestätigung derselben.

Die außerdem von *Klaka* vorgebrachten Änderungen, die ausschließlich im deutschen Markenrecht stattgefunden haben,²⁷³ sind nicht geeignet, einen Funktionswechsel auf europäischer Ebene zu begründen, dem durch ein EU-weites Verbot der internationalen Erschöpfung entsprochen werden müsste. Außerdem ist zu § 29 MarkenG zu bemerken, dass dieser gerade in den Fällen, in denen der Markeninhaber die Verfügungsgewalt über die Marke verliert, eine Registerein-

273 Vgl. Text zu Fn. 174-176.

tragung vorsieht.²⁷⁴ Damit soll vermieden werden, dass ein Dritter sich falsche Vorstellungen über die tatsächliche Herkunft der Waren macht. Er soll wissen, dass der über die Marke identifizierbare Inhaber die Kontrolle nicht mehr ausübt. Die Herkunftsfunction ist also gerade auch hier gewahrt und bestätigt.

Ein weiterer wichtiger Aspekt ist schließlich, dass die MRiL selbst in der zehnten Begründungserwähnung nur die Herkunftsfunction ausdrücklich erwähnt. Falls wirklich der von *Klaka* behauptete Umbruch stattgefunden hätte, wäre dies dem EG-Gesetzgeber sicherlich wenigstens eine kurze Erwähnung wert gewesen.

Insgesamt ist also davon auszugehen, dass sich die Funktion der Marke nicht geändert hat. Um dem Verbraucher die Herkunft der Ware anzuzeigen und damit gleichzeitig der Erwartung einer mit der Marke verbundenen Qualität zu entsprechen, ist es ausreichend, wenn der inländische Markeninhaber die Möglichkeit hat, die Qualität der mit seiner oder einer verwechslungsfähigen Marke gekennzeichneten Ware bei deren Inverkehrsetzung im Ausland zu kontrollieren bzw. er sich auf nachträgliche Veränderungen des Originalzustands berufen kann, die durch Dritte vorgenommen worden sind. Hat er jedoch selbst eine schlechtere Qualität zu verantworten, verdient er gegenüber Parallelimporten keinen Schutz. Schließlich hat er selbst von den niedrigeren Produktionskosten der Drittstaatenware profitiert und für seine Produkte einen weiteren Markt erschlossen. Dies ist ein entscheidender Unterschied zu dem Fall, in dem der Markeninhaber auch für den Drittstaatenmarkt hochwertige Qualität produziert und diese dann durch Eingriffe Dritter verschlechtert wird. Es ist nicht einzusehen, dass derjenige, der die Vorteile einer Niedrigpreisproduktion wahrnimmt, nicht auch deren Nachteile zu tragen hat, insbesondere, wenn ansonsten der freie Warenhandel beeinträchtigt würde. Im eigenen Interesse wird der inländische Markeninhaber dann bereit sein, die heimischen Verbraucher auf die qualitativ abweichende Produktion aufmerksam zu machen, z.B. durch besondere Kennzeichnung der Ware.²⁷⁵ Ein Verbot für Parallelimporteure, diese Kennzeichnung zu entfernen, lässt sich aus der traditionellen Herkunftsfunction ableiten: dies würde die Möglichkeit einer Rufschädigung bedeuten. Sind die Verbraucher auf den Qualitätsunterschied aufmerksam gemacht worden und hat der Markeninhaber für die Unterscheidungsfähigkeit der Waren gesorgt, bleibt auch der gute Ruf der Marke zumindest hinsichtlich der für den heimischen Markt entwickelten Produkte erhalten. Anstatt wie ein unmündiges Kind, welches nicht selbstständig entscheiden kann, was gut und schlecht ist, ausschließlich Produkte einer bestimmten Qualität vorgesetzt zu bekommen, hat der Verbraucher jetzt die Auswahl zwischen preiswerteren und teureren Waren unterschiedlicher Qualität.

²⁷⁴ § 29 Abs. 2 und 3 MarkenG.

²⁷⁵ So bereits *Beier*, (Fn. 1), S. 15, rechte Spalte.

In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass sich die Notwendigkeit der besonderen Kennzeichnung nur bei tatsächlichen Qualitätsabweichungen stellt. In der Praxis ist aber gerade das Preisgefälle zwischen der EU und dem US-amerikanischen Markt von Bedeutung. Die dort zuerst auf dem Markt gebrachten Erzeugnisse weichen in keiner Weise negativ von der Qualität der in der EU vermarkteten Waren ab.²⁷⁶ Man kann also keineswegs davon ausgehen, dass die Blockierung von Parallelimporten im Interesse des Verbrauchers ist.²⁷⁷

Zu dem von *Sack*²⁷⁸ angestellten Vergleich mit der MVO ist anzumerken, dass letztere keinen Einfluss auf die Gestaltung der nationalen Markenrechte haben kann. Die MVO selbst betont in ihren Begründungserwägungen, das gemeinschaftliche Markenrecht trete „jedoch nicht an die Stelle der Markenrechte der Mitgliedstaaten,[...]“. Eine Änderung der nationalen Markenrechte muss in der MRiL selbst vorgenommen werden, und nicht auf indirekte Weise an anderer Stelle. Dies käme einer Umgehung des Europäischen Parlaments gleich, dessen Mitentscheidung im Rahmen der MRiL – gestützt auf Art. 95 EGV – gefordert ist, während es im Bereich der MVO – gestützt auf Art. 308 EGV – lediglich angehört wird. Die MVO kann also nur als Auslegungshilfe dienen, falls die MRiL selbst unklar ist. Diese stellt hinsichtlich der Harmonisierung auf eine Förderung des Binnenmarktes ab. Wie dargelegt, steht die Beibehaltung der internationalen Erschöpfung diesem Ziel nicht entgegen. Ein Rückgriff auf die MVO war deshalb vom Gemeinschaftsgesetzgeber nicht beabsichtigt, zumal die MRiL von 1988, die MVO dagegen von 1993 stammt.

Das Argument schließlich, am Beispiel der EG werde deutlich, dass aus einer Anerkennung der Herkunftsfunktion nicht unbedingt die Anerkennung der internationalen Erschöpfung folge,²⁷⁹ zeigt wohl eher, dass die EG im Bereich der Parallelimporte der Versuchung des Protektionismus in einer „Festung Europa“ gegenüber offener ist als rein rechtlichen Erwägungen.²⁸⁰

²⁷⁶ Nach persönlicher Erfahrung des Verfassers sind z.B. für eine Jeans der Marke „Levi's“ in Deutschland in der Regel 129,90 DM zu bezahlen, während das gleiche Produkt in New York bereits für 41 US-Dollar zu haben ist. Ein Qualitätsunterschied besteht nicht und könnte auch dem amerikanischen Publikum nicht verständlich gemacht werden.

²⁷⁷ So aber *Renck*, (Fn. 257), S. 566, rechte Spalte oben.

²⁷⁸ Vgl. Text zu Fn. 182.

²⁷⁹ Vgl. Text zu Fn. 183.

²⁸⁰ Vgl. in diesem Zusammenhang den Bericht *Glöckners* vom Dritten St. Galler Internationalen Immaterialgüterrechtsforum am 25./26. November 1999 an der Universität St. Gallen, GRUR Int. 2000, S. 347: „Davon ausgehend zeigte *Baudenbacher* gewisse Wertungswidersprüche in der Judikatur des EuGH auf, in der bei 'Binnenmarktsachverhalten' unter Betonung der Herkunftsfunktion der Marke der Wettbewerbs- und Verbraucherschutz in den Vordergrund gerückt werde, wohingegen bei Sachverhalten, die über die Außengrenzen des EWR hinausreichten, über den markenrechtlichen Schutz des *Goodwills* eine Politik der Abschottung unter Hintansetzung derselben wettbewerbs- und konsumenpolitischen Anliegen betrieben werde.“

Des weiteren ist zu beachten, dass der EuGH selbst in einem nach *Silhouette* ergangenen Urteil davon ausgegangen ist, dass die Hauptfunktion der Marke nach wie vor darin besteht, dem Verbraucher über die Herkunft des gekennzeichneten Produktes Auskunft zu geben. In *Upjohn/Paranova*²⁸¹ führt der Gerichtshof wie folgt aus:

„[...]ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes die Hauptfunktion der Marke zu berücksichtigen, dem Verbraucher oder Endabnehmer die Ursprungsideitität der mit ihr versehenen Ware zu garantieren, indem ihm ermöglicht wird, diese Ware ohne Verwechslungsgefahr von Waren anderer Herkunft zu unterscheiden. Diese Herkunftsgarantie schließt ein, dass der Verbraucher oder Endabnehmer sicher sein darf, dass an einer ihm angebotenen mit der Marke versehenen Ware nicht auf einer früheren Vermarktungsstufe durch einen Dritten ohne Zustimmung des Markeninhabers ein Eingriff vorgenommen worden ist, der den Originalzustand der Ware beeinträchtigt hat (siehe Urteile *Hoffmann-La Roche*, Rdnr. 7 und *Bristol-Myers Squibb* u.a., Rdnr. 47).“

Die ausdrückliche Bezugnahme auf die frühere Rechtsprechung sowie der Einschluss der Qualitätsfunktion als Teil der Herkunftsfunktion machen deutlich, dass eine Änderung der Markenfunktion zugunsten einer von der Herkunftsfunktion unabhängigen Qualitätsgarantie gerade nicht statt gefunden hat und folglich auch als Grund für den Ausschluss der internationalen Erschöpfung ausscheidet.²⁸²

Dieses Ergebnis wird schließlich auch dadurch gestützt, dass auch auf internationaler Ebene nicht von einer Änderung der Markenfunktion ausgegangen wird. Ein solch fundamentaler Wandel in einer der beiden weltweit wichtigsten Handelsmächte könnte dort nicht unbeachtet bleiben und müsste ausdrückliche Erwähnung finden. So aber hat noch im Juli 2000, also zwei Jahre nach der *Silhouette*-Entscheidung, die 69. Konferenz der *International Law Association* (ILA) eine Erklärung bezüglich der Erschöpfung geistiger Eigentumsrechte und Parallelhandel angenommen, in der es u.a. heißt²⁸³:

„7. Notes that the principal function of the trade mark is to identify the source of goods in commerce for the benefit of consumers. Trade marks also

281 EuGH, Rs. C-379/97, Slg. 1999, I-6927 (Rdnr. 16), (*Pharmacia & Upjohn SA/Paranova A/S*).

282 Vgl. Schlussanträge von GA *Jacobs* im Fall *Silhouette* (Fn. 261), I-4815, Rdnr. 49, der das Argument der schwedischen Regierung, es sei nicht Funktion der Marke, ihrem Inhaber zu erlauben, Märkte aufzuspalten und Preisunterschiede auszunutzen, als „sehr attraktiv“ bezeichnet. GA *Jacobs* schlägt dann aber trotzdem den Ausschluss der internationalen Erschöpfung vor und begründet dies mit der „Integrität des Binnenmarktes“, (vgl. Rdnr. 52.).

283 Vgl. Annex I to Resolution No. 2/2000. Die Resolution befindet sich im Internet unter <http://www.ila-hq.org/committees> (sämtliche in diesem Artikel zitierten Internetadressen beziehen sich auf den Stand vom Juli 2001).

serve to protect the goodwill of producers. In order to perform these functions, the law must ensure that goods are marked with the consent of trade mark holders and that consumers are not confused regarding the origin or characteristics of goods[...]

8. *Recommends* that WTO Members recognize a doctrine of international exhaustion with respect to trade marked goods that have been placed on the market by, or with the consent of, the trade mark holder; provided, however, that WTO Members should safeguard the interests of the public and of producers by allowing protection against consumer confusion as to the source and material characteristics of goods. (“Hervorhebungen im Original).

Wenn tatsächlich eine Funktionsänderung der Marke im oben dargestellten Sinne stattgefunden hätte, wäre die Herkunftsfunction kaum mehr als „*principal function*“ bezeichnet worden. Vor allem aber würde die von der ILA empfohlene internationale Erschöpfung einem Markenverständnis zuwider laufen, nach dem der Rechtsinhaber seine Absatzmärkte voneinander abschotten und jeweils Produkte unterschiedlicher Qualität verkaufen kann. Die Bezugnahme auf das Verbrauchertrauen auf eine bestimmte Qualität kann daher nur in dem Sinne verstanden werden, in dem der EuGH den guten Ruf einer Marke in ständiger Rechtsprechung schützt: als Bestandteil der Herkunftsfunction und nicht als selbständiger Teil, der eine internationale Erschöpfung unmöglich machen würde.

Es bleibt also festzuhalten, dass sich für eine Auslegung des Art. 7 Abs. 1 MRiL als zwingende Maximalvorschrift keine überzeugenden rechtlichen Gründe finden lassen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass der EuGH bei seiner Entscheidung die handelspolitischen Erwägungen der Kommission²⁸⁴ berücksichtigt hat.²⁸⁵ Der wirtschaftliche Wert eines Ausschlusses der internationalen Erschöpfung ist jedoch äußerst zweifelhaft, wie anhand der aufgezeigten Möglichkeit der Wettbewerbsverzerrung²⁸⁶ deutlich geworden ist.

5. Die Entwicklung seit Silhouette

In Literatur und Rechtsprechung ist die *Silhouette*-Entscheidung des EuGH auf unterschiedliches Echo gestoßen. Während die wissenschaftliche Diskussion des

284 Vgl. Text zu Fn. 82.

285 Insofern wird hier *Gaster*, (Fn. 197), S. 582, widersprochen, der argumentiert, der EuGH habe wegen mangelnder Zuständigkeit in *Silhouette* keine politischen Opportunitätserwägungen anstellen können. Es wäre korrekter zu sagen, der Gerichtshof *hätte* solche Erwägungen *nicht anstellen dürfen*. Bezuglich *Gasters*, (Fn. 197), S. 581, Kritik an der *Maglite*-Entscheidung des EFTA-Gerichtshofs (unter Verweis auf *Jehoram*), es habe eine Vermengung von Recht und Politik stattgefunden, ist anzumerken, dass dies gerade im Gegenteil für das *Silhouette*-Urteil gilt. Der EuGH hätte sich ein Beispiel an der auf die Herkunftsfunction der Marke aufbauenden Argumentation des EFTA-Gerichtshofes nehmen sollen.

286 Vgl. Text zu Fn. 263.

Urteils selbst keine grundlegend neuen Argumente zu Tage gebracht hat, verdienen insbesondere zwei Gerichtsentscheidungen Erwähnung, die vom EuGH bzw. vom Londoner High Court of Justice gefällt wurden.²⁸⁷ Außerdem sollten auch Überlegungen seitens der Europäischen Kommission nicht unerwähnt bleiben, die sich auf eine eventuelle Änderung der Erschöpfungsregel in der MRiL beziehen.²⁸⁸

Sowohl die Entscheidung des High Court als auch die weiter gehende politische Diskussion über eine Rechtsänderung machen das Unbehagen deutlich, welches nach *Silhouette* sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Praxis durch den kategorischen Ausschluss der internationalen Erschöpfung entstanden ist. Die Frage der Erschöpfungsregelung für Markenrechte in der EU hat somit nichts von ihrer Aktualität verloren.²⁸⁹

a) Die weitere einschlägige Rechtsprechung

(1) Sebago

Dieser Fall betraf eine Vorlagefrage (i.S.v. Art. 234 EGV) der Brüsseler *Cour d'appel*, die vor Erlass der *Silhouette*-Entscheidung an den EuGH gerichtet wurde²⁹⁰. Es ging um die Frage, ob sich die Zustimmung des Markeninhabers zur Erstinverkehrsetzung markengeschützter Produkte lediglich auf diesen konkreten Warenposten oder aber auf die gesamte Produktlinie bezieht. Die Beklagte argumentierte, die Klägerin habe dem Import der von ihr selbst mit ihrer Marke versehenen Schuhe aus El Salvador in den EWR dadurch zugestimmt, dass sie selbst die gleiche Art Schuhe innerhalb des EWR auf den Markt gebracht habe.²⁹¹ Nach Ansicht der Beklagten hätte also die Zustimmung zur Vermarktung eines Warenpostens im EWR zugleich auch alle anderen Warenposten erfasst, also auch solche außerhalb des EWR.

Der EuGH folgte der Argumentation des Generalanwalts *Jacobs* und verwarf dieses Argument: eine solche Erweiterung der Zustimmungswirkung würde den durch Art. 7 Abs. 1 MRiL festgelegten Ausschluss der internationalen Erschöpfung aushöhlen.²⁹² Folglich kam der Gerichtshof zu dem Ergebnis, eine Zustimmung i.S.v. Art. 7 Abs. 1 MRiL liege nur dann vor, wenn sie sich auf jedes einzelne Exemplar der Ware erstrecke, für das die Erschöpfung geltend gemacht werde.²⁹³

²⁸⁷ Siehe unter a) Die weitere einschlägige Rechtsprechung.

²⁸⁸ Siehe unter b) Die Position der EG-Kommission.

²⁸⁹ So auch *Stamatoudi/Torremans*, International Exhaustion in the European Union in the Light of 'Zino Davidoff': Contract Versus Trade Mark Law?, IIC 31 (2000), S. 123 (141).

²⁹⁰ EuGH, Rs. C-173/98, Slg. 1999, I-4103 ff. (*Sebago Inc. und Ancienne Maison Dubois et Fils SA/GB Unic SA*).

²⁹¹ EuGH, (Fn. 290), I-4118, Rdnr. 10.

²⁹² EuGH, (Fn. 290), I-4122, Rdnr. 21; vgl. auch die Schlussanträge des GA *Jacobs*, I-4112, Rdnr. 28.

²⁹³ EuGH, (Fn. 290), I-4123, Rdnr. 22.

(2) Zino Davidoff

In diesem zur Zeit dem EuGH vorliegenden Vorabentscheidungsersuchen geht es um einen Aspekt, der bereits von der Beklagten in *Sebago* geltend gemacht, wegen der klaren Beweislage dem EuGH jedoch gar nicht zur Entscheidung vorgelegt wurde²⁹⁴. In *Zino Davidoff* stellt sich die Frage, ob die Klägerin, Inhaberin der Marken „Cool Water“ und „Davidoff Cool Water“, den Import eines mit ihrer Zustimmung in Singapur vermarkteten Warenpostens in den EWR verhindern kann. Der zuständige Londoner High Court verweigerte der Klägerin den einstweiligen Rechtsschutz gegen die Paralleleinfuhren,²⁹⁵ setzte aber die Entscheidung in der Hauptsache aus und legte die seiner Meinung nach fallentscheidende Frage dem EuGH vor.²⁹⁶ Der Grund dafür war die Überzeugung des englischen Richters, Art. 5 und 7 MRiL begründeten eine abschließende Harmonisierung nur speziell von Rechten aus der Marke, hinderten aber nicht eventuell abweichende vertragliche Absprachen zwischen dem Rechtsinhaber und dem Käufer der markengeschützten Güter.²⁹⁷ Mit anderen Worten, der EuGH soll entscheiden, ob die MRiL nicht nur die Markengesetze der Mitgliedstaaten, sondern auch deren Bestimmungen des allgemeinen Vertragsrechts beeinflusst.

Diese Frage ist für die Erschöpfungsproblematik von großer Bedeutung. Wenn sich nämlich das Harmonisierungsgebot der MRiL nicht auf das mitgliedstaatliche Vertragsrecht bezieht, ist es nach jenem Recht – je nach nationaler Ausgestaltung – denkbar, trotz Ausschlusses der internationalen Erschöpfung die Einfuhr von Parallelimporten von außerhalb des EWR in denselben hinein zu ermöglichen. So kam der High Court zu dem Ergebnis, dass nach englischem Vertragsrecht die Übertragung des Eigentums an einem markengeschützten Warenposten – etwa durch eine Erstvermarktung in Singapur – die volle Verfügungsgewalt des Erwerbers über die gekauften Waren nach sich zieht.²⁹⁸ Da die Rechtsübertragung vollständig ist, verzichtet der Verkäufer, d.h. der Markeninhaber, auch auf jegliche Rechte aus der Marke, so dass der Erwerber die markengeschützten Produkte überall auf der Welt weiterveräußern darf, auch im EWR. Dieser Verzicht seitens des Verkäufers geschieht nach englischem Recht implizit. Für den Markeninhaber besteht demnach die Möglichkeit, sich bei Veräußerung der Ware ausdrücklich sein Markenrecht in einem bestimmten Territorium vorzubehalten.²⁹⁹ Enthält der Kaufvertrag also keinerlei ausdrückliche Beschränkung der Eigentumsübertragung,

²⁹⁴ EuGH, (Fn. 290), I-4118, Rdnr. 11.

²⁹⁵ High Court London vom 18.5.1999, (*Zino Davidoff SA v. A&G Imports Ltd*), [1999] 3 All ER 711 (Ch. D), zitiert bei *Stamatoudi/Torremans*, (Fn. 289), S. 123, Fn. 3.

²⁹⁶ Dieser Vorlagebeschluss ist auszugsweise und in englischer Sprache enthalten in: *Simons*, (Fn. 135), S. 26 ff.

²⁹⁷ Vgl. bei *Simons* (Fn. 135), S. 27; siehe auch die Erläuterungen durch *Stamatoudi/Torremans* (Fn. 289), S. 131 und insbesondere S. 132.

²⁹⁸ Vgl. bei *Stamatoudi/Torremans*, (Fn. 289), S. 131 f.

²⁹⁹ Vorlagebeschluss des High Court, bei *Simons*, (Fn. 289), S. 27.

ist nach englischem Recht davon auszugehen, dass der Verkäufer auch auf sein Markenrecht verzichtet, und zwar weltweit.

Auf den ersten Blick wirkt dieser Ansatz wie ein Versuch, den Ausschluss der internationalen Erschöpfung aus *Silhouette* zu umgehen.³⁰⁰ Im Ergebnis bestünde für den Parallelimporteur die Möglichkeit, außerhalb des EWR zu günstigen Preisen erworbene Markenware zu ebenfalls günstigen Preisen in den EWR einzuführen. Deshalb wird in der Literatur auch teilweise davon ausgegangen, dass die Vorlagefrage in *Zino Davidoff* kaum größere Erfolgschancen haben dürfte als diejenige in *Sebago*.³⁰¹

Jedoch ist *Stamatoudi/Torremans*³⁰² beizupflichten, wenn diese darauf hinweisen, dass der vertragsrechtliche Ansatz nicht den gleichen Automatismus entfaltet wie die internationale Erschöpfung: anders als bei letzterer kann der Markeninhaber einen Verlust seines Erstvermarktungsrechts in einem bestimmten Territorium vermeiden, und zwar durch vertragliche Absprache mit dem Erwerber des spezifischen Warenpostens. In diesem Punkt unterscheidet sich *Zino Davidoff* auch durchaus von *Sebago*: in letzterer Sache ging es zwar ebenfalls um die Reichweite der Zustimmung des Markeninhabers. Doch bezieht sich die Zustimmung i.S.v. *Zino Davidoff* zunächst auf den Inhalt des zu übertragenden Eigentums – unbeschränkte oder nur beschränkte Übertragung. Die Zustimmung i.S.v. *Sebago* – also der Verkauf eines Warenpostens innerhalb des EWR – hat jedoch mit der Frage, inwieweit Eigentum übertragen wird, gar nichts zu tun, sondern betrifft ausschließlich die Reichweite der Erschöpfung – nur bezüglich des konkreten Warenpostens oder bezüglich aller. Während also in *Zino Davidoff* auf die Zustimmung zurückgegriffen wird, um unmittelbar einen schuldrechtlichen und dinglichen Aspekt zu regeln, der dann erst mittelbare Auswirkungen auf die Erschöpfung hat, benutzt die Beklagte in *Sebago* die Zustimmung des Markeninhabers, um den markenrechtlichen Begriff der Erschöpfung selbst zu modifizieren. Die Zustimmung in *Sebago* ist demnach markenrechtlicher, jene in *Zino Davidoff* dagegen vertragsrechtlicher Natur. Während die Reichweite einer Eigentumsübertragung in der Autonomie der Vertragsparteien liegt, ist dies bei der Reichweite der Erschöpfung nicht der Fall. Eine vertragliche Abbedingung der Erschöpfung liefe auf einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter hinaus, nämlich der eventuellen Parallelhändler.³⁰³

300 In diesem Sinn auch *Carboni*, *Zino Davidoff SA v. A&G Imports Ltd.: A Way Around Silhouette?*, EIPR 1999, S. 524 ff.

301 So ausdrücklich *Simons*, (Fn. 135), S. 23, linke Spalte unten.

302 *Stamatoudi/Torremans*, (Fn. 289), S. 132. Diese Autoren stützen sich dabei auf die Überlegungen des High Court in der Sache *Zino Davidoff*, vgl. Zitat des Richters *Laddie*, S. 130. Sie weisen außerdem darauf hin (S. 133/134), dass der vertragsrechtliche Ansatz in *Zino Davidoff* nicht auf das englische Recht beschränkt wäre, sondern dass sich eine solche Lösung aus den allgemeinen Vertragsrechtsbestimmungen der meisten EU-Mitgliedstaaten ergeben würde: „[...] the provisions of the contract laws of the Member States on reservation of title in a normal sales contract show a remarkable degree of similarity“.

Folglich würde also die Annahme der in *Sebago* von der Beklagten vorgebrachten Ansicht dem Markeninhaber keinen Raum lassen, die Erschöpfung seines Rechts innerhalb des EWR mit vertragsrechtlichen Mitteln zu verhindern. Der vom EuGH in *Silhouette* verlangte Ausschluss der internationalen Erschöpfung würde praktisch unmöglich gemacht. Dieser Automatismus ist, wie erläutert, bei *Zino Davidoff* nicht gegeben. Die Reichweite der Erschöpfung würde nicht geändert, nur könnte ein Markeninhaber, je nach anwendbarem Vertragsrecht, gezwungen sein, sich sein Markenrecht für das Gebiet des EWR ausdrücklich vorzubehalten,³⁰⁴ wenn er von dem nach wie vor bestehenden Ausschluss der internationalen Erschöpfung profitieren will.

Eine Unterstützung der Auffassung des High Court durch eine entsprechende Entscheidung des EuGH in der Sache *Zino Davidoff* würde also dem *Silhouette*-Urteil nicht die praktische Wirksamkeit nehmen. Sie würde diese jedoch auf das Markenrecht begrenzen und das mitgliedstaatliche Vertragsrecht unberührt lassen. Ein solches Ergebnis erscheint im Hinblick auf das Ziel der MRIl, nämlich einer teilweisen Harmonisierung der nationalen Marken-, aber nicht der Vertragsrechte, das einzig Vertretbare zu sein. Selbst wenn man mit dem EuGH davon ausgeht, dass wegen des Binnenmarkts bestimmte Waren aus Drittstaaten besser vollständig dem EWR fern bleiben sollten, als nur in einigen Mitgliedstaaten erhältlich zu sein, würde sich diesbezüglich aus *Zino Davidoff* kein Problem ergeben. Anders als bei Weiterführung der internationalen Erschöpfung durch einige Mitgliedstaaten würden nämlich die von außen in den EWR gelangenden Markenwaren in der gesamten EU verkehrsfähig sein, weil der Käufer im Fall der unbegrenzten Eigentumsübertragung das Recht hätte, den entsprechenden Warenposten in jedem Staat der Welt auf den Markt zu bringen.³⁰⁵ Die Gefahr eines uneinheitlichen Binnenmarktes ist deshalb nicht gegeben.

Eine Ablehnung der Ansicht des High Court durch den EuGH würde dagegen den Ausschluss der internationalen Erschöpfung auf nichtmarkenrechtliches Gebiet ausdehnen, gleichzeitig aber aus den soeben genannten Gründen eine Missachtung des Willens des Gemeinschaftsgesetzgebers bedeuten. Es bleibt zu hoffen, dass sich der EuGH zumindest dieses Mal rechtlichen Erwägungen gegenüber offener zeigen wird als den Partikularinteressen der europäischen Markenindustrie.³⁰⁶

303 Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, mit wem der Markeninhaber eine solche Absprache treffen sollte: mit dem Käufer des Warenpostens, der sich aber innerhalb des EWR befindet und deshalb in der Regel als Importeur der Markenwaren aus Drittstaaten gar nicht in Frage kommt, oder mit Käufern in Drittstaaten, die aber mit der konkreten Vermartung des Warenpostens im EWR nichts zu tun haben.

304 Vgl. *Stamatoudi/Torremans*, (Fn. 289), S. 135: „*The proper drafting of licence and sales contracts, and the inclusion of proper restrictions of title and rights, therefore take centre-stage*“.

305 Darauf machen *Stamatoudi/Torremans*, (Fn. 289), S. 135, aufmerksam.

306 Es wird darauf hingewiesen, dass *Zino Davidoff* nicht die einzige derzeit beim EuGH anhängige Sache im Bereich der Parallelimporte ist. So ist der Gerichtshof zur Zeit ebenso mit einer Klage des Jeansherstellers Levi Strauss gegen den britischen Einzelhändler Tesco beschäftigt, welcher Levi's Jeans von

b) Die Position der EG-Kommission

Auf Bitte derjenigen Mitgliedstaaten, die eine internationale Erschöpfung befürworten, hat die Europäische Kommission im Jahre 1999 eine Studie bezüglich der wirtschaftlichen Folgen einer EWR-weiten Einführung der internationalen Erschöpfung in Auftrag gegeben (sog. NERA-Studie). Am 25. Mai 2000 informierte der Binnenmarktkommissar die Vertreter der Mitgliedstaaten von dem Entschluss der Kommission, die momentan bestehende Erschöpfungsregelung vorerst nicht zu ändern.³⁰⁷ Dabei berief sich die Kommission auf die Ergebnisse der von ihr in Auftrag gegebenen Studie.³⁰⁸ Diese habe u.a. gezeigt, dass die positiven Auswirkungen der internationalen Erschöpfung auf die Verbraucherpreise geringer seien als erwartet. Außerdem sei eine Änderung allein des Markenrechts nicht ausreichend: Parallelimporte könnten auch weiterhin verhindert werden, wenn nämlich dasselbe Produkt zusätzlich noch durch andere Rechte geistigen Eigentums geschützt sei.³⁰⁹

Hinsichtlich des letzteren Punktes ist der Kommission zwar grundsätzlich zuzustimmen. Insbesondere Pharmazeutika werden in der Regel nicht nur durch eine Marke, sondern zusätzlich durch ein Patent geschützt. Dies trifft jedoch nicht auf alle Branchen zu. Es existieren durchaus Produkte, die normalerweise nur durch Marken geschützt werden, und bei denen die Zulassung von Parallelimporten dem Verbraucher bereits eine bedeutende finanzielle Entlastung brächte. Insbesondere in der Bekleidungsindustrie kann nicht davon ausgegangen werden, dass sämtliche Markenprodukte gleichzeitig etwa patentiert sind. Außerdem ist die NERA-Studie, wie die Kommission in einem Arbeitspapier einräumt, stark umstritten.³¹⁰ Dies wird auch an der Reaktion der Mitgliedstaaten auf die oben erwähnte Verlaut-

außerhalb des EWR importiert und nun zu Niedrigpreisen in seinen Lebensmittelabteilungen verkauft. Siehe hierzu *Financial Times* vom 16. 1.2001, *Levi puts case for its 'special' sales skills*; Zu diesem Fall sowie zu der o.g. Rechtssache *Zino Davidoff* hat der EuGH am 5.4.2001 eine erste unverbindliche Stellungnahme abgegeben, nach der die nationalen Gerichte die Frage nach dem Vorliegen einer Zustimmung gemäß der Vorgaben des Gemeinschaftsrechts und unter Beachtung der Umstände des Einzelfalles zu beurteilen haben. Eine allgemeine Vermutung, dass der Markenhersteller bei jeder Rechtsübertragung weltweit auf sein Markenrecht verzichtet, schloss der Gerichtshof dagegen aus. Diese Stellungnahme ist so vage, dass sie sowohl von der Markenindustrie als auch von Parallelhändlern als Stützung der eigenen Position ausgelegt wird, vgl. *Financial Times* vom 6.4.2001, *Court view favours Levi's in battle over cheap sales* sowie *Falling apart at the seams*.

307 Vgl. Communiqué from Commissioner *Bolkestein* on the issue of exhaustion of trade mark rights, erhältlich unter http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/comexhaust.htm .

308 Die „NERA“-Studie ist im Internet erhältlich unter http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/tmstudy.htm .

309 Vgl. Communiqué *Bolkestein*, (Fn. 307), unter „Conclusions“ (S. 2, unten).

310 Vgl. die Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen „Erschöpfung der Rechte aus Marken“, im Internet auf deutsch, englisch und französisch erhältlich unter http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/exhaust.htm . Auf Seite 18/19 dieses Dokumentes erwähnt die Kommission die Kritik einiger Mitgliedstaaten, die NERA-Studie habe die positiven langfristigen Wirkungen der internationalen Erschöpfung nicht ausführlich genug behandelt.

barung des Kommissars *Bolkestein*³¹¹ deutlich: lediglich vier Mitgliedstaaten unterstützten diese, während sich acht andere wegen der Position der Kommission enttäuscht zeigten und die Notwendigkeit einer Einführung der internationalen Erschöpfung unterstrichen.³¹²

Des weiteren werden die Folgerungen der NERA-Studie hinsichtlich der Entwicklung der Verbraucherpreise durch wesentlich positivere Erfahrungen in Deutschland widerlegt. Nach der *Deutsche Grammophon*-Entscheidung des EuGH,³¹³ in der die Ausübung eines nationalen geistigen Eigentumsrechts zugunsten des freien Warenverkehrs eingeschränkt wurde,³¹⁴ fielen die deutschen Einzelhandelspreise für klassische Langspielplatten um mindestens 25 Prozent und hatten selbst elf Jahre später die frühere Höhe noch nicht wieder erreicht.³¹⁵ Diese aus Verbrauchersicht positiven Erfahrungen waren zwar nur auf Deutschland bezogen und nicht auf die gesamte EU. Aufgrund der Größe des deutschen Marktes sollten diese Erkenntnisse aber bei EU-weiten Überlegungen nicht außer Acht bleiben.

Letztlich ist es interessant zu beobachten, dass selbst Kreise, die der (Wieder-) Zulassung der internationalen Erschöpfung in der EU ablehnend gegenüber stehen, von einem Sinken der Verbraucherpreise als Folge der internationalen Erschöpfung ausgehen.³¹⁶ Diese Preissenkung ist schließlich der Hauptgrund für entsprechendes – und bis heute durchschlagend erfolgreiches – Lobbying der europäischen Markenindustrie bei der Kommission.

311 Vgl. oben, Text zu Fn. 307.

312 Vgl. Communiqué *Bolkestein*, (Fn. 307), S. 1. Die restlichen Mitgliedstaaten enthielten sich einer Äußerung. Anlässlich eines von der schwedischen EU-Präsidentschaft am 27./28.04.2001 organisierten informellen Seminars über die Auswirkung von Parallelimporten auf die Verbraucherpreise begrüßte die Kommission ihren Standpunkt. Die in einer neuen schwedischen Studie im Vergleich zu den Verbraucherpreisen im Vereinigten Königreich und den USA festgestellten hohen Preise in Schweden hätten nichts mit der geltenden Erschöpfungsregelung zu tun, sondern seien u.a. auf die hohen indirekten Steuern in Schweden zurückzuführen. Vgl. http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/01-157.htm. Die genannte schwedische Studie ist im Internet leider nicht erhältlich.

313 Siehe dazu oben, Fn. 39 sowie den dazu gehörenden Text.

314 Vgl. die Tenorierung des EuGH (Fn. 39) auf S. 502, unter 1.

315 *Amman*, Intellectual Property Rights and Parallel Imports, Legal issues of European integration, Volume 26, Issue No. 1/2, S. 91 (93, Fn. 8), mit Hinweis auf *Rotblie* und auf weitere Untersuchungen, die eine ähnliche Entwicklung auch im pharmazeutischen Bereich feststellen, also dort, wo die Produkte in der Regel nicht nur marken-, sondern auch patentgeschützt sind. Letzteres ist insbesondere im Hinblick auf o.g. Argument der Kommission interessant, wonach die Ermöglichung von Parallelimporten allein im Markenbereich keine signifikanten Preiswirkungen haben könne.

316 Vgl. *Gaster*, (Fn. 197), S. 573, der von der „Gefahr kostengünstigerer Paralleleinfuhren“ spricht.

C. Ergebnis

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Auslegung des Art. 7 Abs. 1 MRiL im Sinne einer die internationale Erschöpfung ausschließenden Maximalvorschrift eine aus handelspolitischen Erwägungen motivierte Entscheidung darstellt. Rechtlich zwingende Gründe gab es hierfür nicht. Zum einen war durch die MRiL keine vollständige Harmonisierung der Markenerschöpfung vorgesehen, wie sich aus den Begründungserwägungen ergibt. Zum anderen ist die Herkunftsfunktion nach wie vor der entscheidende Zweck des Markenschutzes, so dass die Marke ihrem Inhaber nicht das Recht geben dürfte, die mit seiner eigenen Zustimmung auf den Markt gebrachten Erzeugnisse auf verschiedenen Märkten zu unterschiedlichen Preisen monopolartig zu vertreiben.