

- b) Die Erschöpfung stellt eine Ausnahme gegenüber den Ausschließlichkeitsrechten des Patentinhabers dar, für deren Voraussetzungen grundsätzlich derjenige darlegungs- und beweispflichtig ist, der sich auf die Erschöpfung beruft. Auch die Bestimmungen des EG-Vertrages führen regelmäßig zu keiner anderen Verteilung der Darlegungs- und Beweislast.

BGH, Urt. v. 14. Dezember 1999 - X ZR 61/98 - OLG München

LG München I

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. September 1999 durch den Vorsitzenden Richter Rogge und die Richter Dr. Jestaedt, Dr. Melullis, Scharen und Keukenschrijver

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 15. Januar 1998 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, ein in Großbritannien ansässiges Unternehmen, befaßt sich mit der Erforschung, der Herstellung und dem Vertrieb von Pflanzenschutzmitteln. Sie entwickelte ein Insektizid, das von der Biologischen Bundesanstalt für Land- und Forstwirtschaft in Braunschweig zur Bekämpfung von Insekten im Ackerbau zugelassen worden ist und das sie unter der Bezeichnung "Karate" in Verkehr bringt.

Verfahren zur Herstellung des in "Karate" enthaltenen Wirkstoffs "Lambda-Cyhalothrin" sind in den Ansprüchen 1 bis 3 des europäischen Patents 0 106 469 (Klagepatent I) unter Schutz gestellt. Gegenstand der Ansprü-

- 4 -

che 4 bis 8 des Klagepatents I ist der nach den Verfahren in den Ansprüchen 1 bis 3 hergestellte Wirkstoff in kristalliner Form. Die Rechtsvorgängerin der Klägerin ist als Inhaberin des Klagepatents I eingetragen, das am 31. August 1983 angemeldet und dessen Erteilung am 14. Januar 1987 veröffentlicht wurde.

Die Rechtsvorgängerin der Klägerin war außerdem eingetragene Inhaberin des deutschen Patents 28 02 962 (Klagepatent II), in dessen Anspruch 1 der Wirkstoff "Lambda-Cyhalothrin" unter Schutz gestellt war. Das Klagepatent II ist durch Zeitablauf am 24. Januar 1998 erloschen.

Die Beklagte vertreibt unter der Bezeichnung "Orefa Lambda-Cyhalothrin 5 EC" ein Pflanzenschutzmittel, das den Wirkstoff "Lambda-Cyhalothrin" enthält. Die Beklagte bezieht das von ihr vertriebene Pflanzenschutzmittel von dem französischen Unternehmen S., das in B. ansässig ist.

Die Klägerin hat die Beklagte wegen Patentverletzung auf Unterlassung, Auskunftserteilung, Rechnungslegung und Schadensersatzfeststellung in Anspruch genommen. Demgegenüber hat sich die Beklagte auf Erschöpfung der Rechte aus den Klagepatenten berufen. Die Klägerin hat bestritten, daß die Beklagte die Erzeugnisse in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft erworben habe, in dem sie rechtmäßig in Verkehr gelangt seien.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten hatte keinen Erfolg. Mit der Revision strebt die Beklagte Abweisung der Klage an.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Entscheidungsgründe:

Die Revision bleibt ohne Erfolg.

I. Das Berufungsgericht hat angenommen, daß die Beklagte die Klagepatente benutzt hat, indem sie unter der Bezeichnung "Orefa Lambda-Cyhalothrin 5 EC" ein Pflanzenschutzmittel vertrieben hat, das den in den Klagepatenten unter Schutz gestellten Wirkstoff "Lambda-Cyhalothrin" enthält. Dies wird von der Revision nicht angegriffen und ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

II. Zutreffend hat das Berufungsgericht darüber hinaus angenommen, daß eine die Zulässigkeit der Benutzung begründende Erschöpfung der Rechte aus einem mit Wirkung für die Bundesrepublik Deutschland erteilten Patent jedenfalls grundsätzlich dann eintritt, wenn - wie von der Beklagten behauptet - das geschützte Erzeugnis durch den Patentinhaber oder mit seiner Zustimmung in Deutschland, einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft oder einem den Europäischen Wirtschaftsraum angehörigen Staat in Verkehr gebracht worden ist.

1. Für den Fall, daß das Inverkehrbringen des patentgeschützten Gegenstandes durch den Patentinhaber oder mit dessen Zustimmung durch einen Dritten in Deutschland erfolgt ist, entspricht dies der ständigen Rechtsprechung des Senats nicht nur zum früheren Recht (BGHZ 2, 261, 267; 49, 331, 335 - Voran; Sen.Urt. v. 3.6.1976 - X ZR 57/73, GRUR 1976, 579, 580 - Tylosin), sondern auch zum geltenden neuen Recht, das insofern keine Änderung mit sich gebracht hat (Sen.Urt. v. 26.9.1996 - X ZR 72/94, GRUR 1997, 116, 117

- Prospekthalter). Da das Patent seinem Inhaber als Belohnung für die Bekanntgabe der Erfindung ein (zeitlich befristetes) Ausschließlichkeitsrecht gewährt, muß diesem grundsätzlich auch die Entscheidung darüber verbleiben, ob und in welchem Umfang von dem Patentrecht Gebrauch gemacht werden kann. Hat der Patentinhaber dieses Recht jedoch ausgeübt, indem er oder mit seinem Willen ein Dritter den patentgeschützten Gegenstand in Verkehr gebracht haben, besteht kein Grund mehr, ihm darüber hinaus Einwirkungsmöglichkeiten auf das weitere Schicksal des geschützten Gegenstandes zu geben. Vielmehr ist es nunmehr allein Sache des - im Verhältnis zum Patentinhaber rechtmäßigen - Erwerbers, über den geschützten Gegenstand zu verfügen (vgl. BGH, Urt. v. 21.11.1958 - I ZR 129/57, GRUR 1959, 232, 233 - Förderrinne; Urt. v. 10.10.1974 - KZR 1/74, GRUR 1975, 206, 207 - Kunststoffschäumbahnen; Sen.Urt., aaO - Prospekthalter; Bernhardt/Kraßer, Lehrbuch des Patentrechts, 4. Aufl., S. 577 ff.).

2. Für den Fall, daß das Inverkehrbringen des patentgeschützten Gegenstandes durch den Patentinhaber oder mit dessen Zustimmung durch einen Dritten in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft erfolgt, ergibt sich die Erschöpfung des Patentrechts aus Art. 28 des EG-Vertrages in der am 1. Mai 1999 in Kraft getretenen Amsterdamer Fassung vom 2. Oktober 1997 (BGBl. 1998 II S. 386; 1999 II S. 296) (vormals Art. 30 EG-Vertrag). Danach sind grundsätzlich alle mengenmäßigen Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten verboten. Nach der Ausnahmegvorschrift des Art. 30 EG-Vertrag (vormals Art. 36 EG-Vertrag) stehen Art. 28 jedoch solche Einfuhrverbote oder -beschränkungen zwischen den Mitgliedstaaten nicht entgegen, die zum Schutze des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sind. Nach der Rechtspre-

chung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) fallen darunter aber nur die Einfuhrverbote und -beschränkungen, die den spezifischen Gegenstand dieses Eigentums betreffen. Dieser liegt beim Patentrecht darin, daß der Inhaber zum Ausgleich für seine Erfindertätigkeit das ausschließliche Recht erlangt, gewerbliche Erzeugnisse herzustellen und in Verkehr zu bringen, mithin die Erfindung entweder selbst oder im Wege der Lizenzvergabe an Dritte zu verwerten, und daß er ferner das Recht erlangt, sich gegen jegliche Zuwiderhandlung zur Wehr zu setzen (EuGH, Slg. 1974, 1147, 1163 = GRUR Int. 1974, 454 - Centrafarm; Slg. 1981, 2063, 2080 = GRUR 1982, 47, 48 - Merck/Stephar; Slg. 1985, 2281, 2298 = GRUR Int. 1985, 822, 824 - Pharmon; Slg. 1996, 6371, 6384 = GRUR Int. 1997, 250 - Merck/Primecrown; Slg. 1997, 3954, 3961 f. = GRUR Int. 1997, 911, 912 - Generics/Sunth Kline). Der spezifische Gegenstand des Patents ist jedoch dann nicht betroffen und infolgedessen ein auf eine Patentverletzung gestütztes Einfuhrverbot nicht gerechtfertigt, wenn das erfindungsgemäße Erzeugnis in dem Mitgliedstaat, aus dem es eingeführt wird, durch den Inhaber selbst oder mit dessen Zustimmung auf den Markt gebracht worden ist (EuGH, aaO - Centrafarm), ohne daß es darauf ankommt, ob das betreffende Erzeugnis in diesem Mitgliedstaat überhaupt patentfähig ist (EuGH, aaO - Merck/Stephar; EuGH, aaO - Merck/Primecrown). Denn wäre der Patentinhaber befugt, die Einfuhr von patentgeschützten Gegenständen zu unterbinden, die in einem anderen Mitgliedstaat durch ihn oder mit seiner Zustimmung in den Verkehr gelangt sind, würde ihm die Möglichkeit eröffnet, die nationalen Märkte abzuriegeln und auf diese Weise den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beschränken, ohne daß eine derartige Beschränkung notwendig wäre, um ihm die aus den Parallelpatenten fließenden Ausschließlichkeitsrechte in ihrer Substanz zu erhalten (EuGH, aaO - Centrafarm; aaO - Merck/Stephar; aaO - Merck/Primecrown). Außerdem hat der Patentinhaber,

der sich in Kenntnis der Sachlage über die Bedingungen entscheidet, unter denen er sein Erzeugnis in den Verkehr bringt, die Konsequenzen seiner Wahl hinzunehmen, soweit es um den Verkehr des Erzeugnisses innerhalb des Gemeinsamen Marktes geht (EuGH, aaO - Merck/Stephar; aaO - Merck/Primecrown). Gleiche Grundsätze gelten für die den Europäischen Wirtschaftsraum angehörigen Staaten (vgl. Art. 2 Protokoll 28 über geistiges Eigentum zum EWR-Abkommen; BGBl. 1993 II S. 414). Der Senat schließt sich dieser Rechtsprechung des EuGH an.

3. Hingegen führt das Inverkehrbringen eines patentgeschützten Gegenstands durch den Patentinhaber oder mit dessen Zustimmung außerhalb des Gebiets der Europäischen Union nicht zur Erschöpfung des Rechts aus einem deutschen Patent oder einem deutschen Anteil eines europäischen Patents. Den Grundsatz der nationalen Erschöpfung hat bereits das Reichsgericht vertreten (RGZ 51, 263, 266 f. - Mariani; RGSt 36, 178, 179 = BIPMZ 1904, 36, 37 - Schnürlochösen; RGZ 84, 370, 375 - Kühler). Der Bundesgerichtshof hat sich dem in mehreren Urteilen angeschlossen (BGHZ 49, 331, 334 - Voran; Sen.Urt. v. 4.3.1975 - X ZR 28/72, GRUR 1975, 598, 600 - Stapelvorrichtung; Sen., aaO, 582 - Tylosin). Diese Ansicht entspricht darüber hinaus der weit überwiegenden Meinung im Schrifttum (etwa: Beier, GRUR Int. 1996, 1, 5 ff.; Benkard/Bruchhausen, PatG, 9. Aufl., § 9 PatG, Rn. 21; Bernhardt/Kraßer, aaO, S. 582; Ebenroth, Gewerblicher Rechtsschutz und europäische Warenverkehrsfreiheit, 1992, S. 51 ff.). Der Grundsatz der nationalen Erschöpfung gilt im übrigen auch in den meisten anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft (vgl. die Übersicht bei Beier, GRUR Int. 1996, 1, 3 ff.).

Demgegenüber hat das Obergericht Tokyo in einem Urteil aus dem Jahre 1995 den Standpunkt eingenommen, daß die Paralleleinfuhr patentrechtlich geschützter Waren, die der Patentinhaber im Ausfuhrland in Verkehr gebracht hat, nicht gegen dessen ausschließliches Benutzungsrecht in Japan verstößt (OG Tokyo, GRUR Int. 1995, 417 - Kraftfahrzeugfolgen II). Der japanische Oberste Gerichtshof hat diese Ansicht dahin eingeschränkt, daß Paralleleinfuhren patentgeschützter Waren durch den Patentinhaber verhindert werden können, wenn ein eindeutiger Hinweis auf das Einfuhrverbot auf den Waren selbst angebracht worden ist (jap. OGH, GRUR Int. 1998, 168, 169 f. - Kraftfahrzeugfolgen III). Zudem hat das Handelsgericht Zürich auf der Grundlage von Art. 8 des schweizerischen PatG in einem Urteil vom 23. November 1998 die Ansicht vertreten, daß das Inverkehrbringen eines patentgeschützten Produkts durch den Patentinhaber oder eine Gesellschaft aus dem Konzern, dem er angehört, auch dann zur Erschöpfung seiner Rechte aus dem Patent führt, wenn es im Ausland erfolgt ist (HG Zürich, GRUR Int. 1999, 555 ff. - Kodak). Demgegenüber hatten zuvor andere schweizerische Gerichte bei Patentrechten allein eine nationale Erschöpfung für möglich gehalten (Nachweise in HG Zürich, aaO), während eine Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts zu dieser Frage noch nicht vorliegt (für das Patentrecht offengelassen in: BGE 124 III 321, 328 ff. - Nintendo).

Die jüngeren Entscheidungen aus Japan und der Schweiz geben keinen Anlaß, die bisherige Rechtsprechung des Senats zu ändern. Die Bundesrepublik Deutschland ist keinem völkerrechtlichen Vertrag beigetreten, der die Vertragstaaten zur Übernahme des Grundsatzes der internationalen Erschöpfung verpflichtet. Weder dem Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (TRIPS), das als Anhang 1 C des Überein-

kommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation (WTO) zum 1. Januar 1995 in Kraft getreten ist (BGBl. 1994 II S. 1730 = ABl. EG L 336/213), noch der Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums vom 20. März 1883 (PVÜ) (BGBl. 1970 II S. 391) kann ein solcher Inhalt entnommen werden. Art. 6 TRIPS wird ganz überwiegend so verstanden, daß Erschöpfung von Rechten des geistigen Eigentums nicht nur dem Streitbeilegungsverfahren entzogen ist, sondern auch die materiell-rechtliche Regelung weiterhin den einzelnen Vertragstaaten überlassen bleibt (schw. BG, aaO, 330 - Nintendo; Bollinger, sic! 1998, 541, 546; Cottier, SMI 1995, 37, 55; Heath, GRUR Int. 1996, 1169, 1180; ders., RIW 1997, 541, 549; Kroher, Festgabe für Beier, 1996, 253, 256; Kunz-Hallstein, GRUR 1998, 268, 269; Joller, GRUR Int. 1998, 751, 758; Pacón, GRUR Int. 1995, 875, 878; Soltynski, GRUR Int. 1996, 316, 319; Staehlin, Das TRIPS-Abkommen, 1997, 28 ff.). Nach anderer Ansicht soll alleine der Grundsatz der nationalen Erschöpfung mit Art. 6 i.V.m. Art. 27 Abs. 1 und 28 Abs. 1 TRIPS vereinbar sein (Straus, GRUR Int. 1996, 179, 193 f.). Welcher Meinung der Vorzug gebührt, kann offenbleiben. Denn jedenfalls ergibt sich weder aus der die Erschöpfung betreffenden Vorschrift des Art. 6 TRIPS noch aus den das Patentrecht regelnden Bestimmungen der Art. 27 und 28 TRIPS eine Verpflichtung zur Übernahme des Grundsatzes der internationalen Erschöpfung der Rechte aus einem Patent. Gleiches gilt für Art. 4 bis Abs. 1 und 2 PVÜ. Auch bei diesen Vorschriften ist umstritten, ob die Vertragstaaten gehalten sind, Parallelimporte zu verbieten, oder diese Frage der Regelungskompetenz des einzelnen Vertragstaates überlassen bleibt (vgl. dazu etwa: Beier, aaO, 5 f.; Heath, RIW 1997, 541 f.; Kunz-Hallstein, aaO, 270 f.). Eine Verpflichtung zur Übernahme des Grundsatzes internationaler Erschöpfung bei Patenten folgt daraus aber auf keinen Fall. Entsprechend haben sich auch weder das OG Tokyo und der japanische OGH noch das HG

Zürich bei der Übernahme der internationalen Erschöpfung bei Patenten auf TRIPS, das PVÜ oder ein anderes völkerrechtliches Übereinkommen berufen, sondern diesen Grundsatz allem dem jeweiligen nationalen Patentrecht entnommen (vgl. OG Tokyo, aaO, 417 ff. - Kraftfahrzeugfolgen II; jap. OGH, aaO, 169 - Kraftfahrzeugfolgen III; HG Zürich, aaO, 559 - Kodak).

Im Geltungsbereich des deutschen Patentrechts werden nach höchst-richterlicher Rechtsprechung über die nationale Erschöpfung hinaus nur EU/EWR-weite Erschöpfungstatbestände anerkannt. Keine der bisherigen Änderungen des PatG hat einen Wechsel von der nationalen bzw. EU/EWR-weiten Erschöpfung hin zur internationalen Erschöpfung zum Gegenstand gehabt. Im Gegenteil wird die bisherige Rechtspraxis durch Ausführungen in der Denkschrift zum Gemeinschaftspatentübereinkommen vom 15. Dezember 1975 (GPÜ 1975) bestätigt. Darin heißt es, daß der in der Bundesrepublik Deutschland seit mehr als 70 Jahren anerkannte Grundsatz (der nationalen Erschöpfung) auch für das Gemeinschaftspatent gelten soll; das Recht aus dem Gemeinschaftspatent soll erschöpft sein, wenn das durch das Patent geschützte Erzeugnis in irgendeinem Vertragsstaat der Europäischen Gemeinschaften vom Patentinhaber oder mit seiner ausdrücklichen Zustimmung in Verkehr gebracht worden ist (BR-Drucks. 216/78, S. 113, 126 = BT-Drucks. 8/2087, S. 112, 125).

Hinzu kommt, daß der bislang von der deutschen Rechtsprechung im Warenzeichenrecht - abweichend vom Patentrecht - vertretene Grundsatz der internationalen Erschöpfung mit Inkrafttreten des Gesetzes über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen vom 25. Oktober 1994 (MarkenG) aufgegeben worden ist. § 24 Abs. 1 MarkenG sieht nurmehr eine EU-weite Erschöpfung vor (vgl. dazu BGHZ 131, 308, 312 ff. - Gefärbte Jeans). Der deut-

sche Gesetzgeber hat mit dieser Regelung die Vorgaben des Art. 7 der Ersten Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (89/104/EWG, ABl. EG Nr. L 40/1 v. 11.2.1989 - Markenrechtsrichtlinie) in nationales Recht umgesetzt. Nach der Rechtsprechung des EuGH verstoßen nationale Rechtsvorschriften, die den Grundsatz der internationalen Erschöpfung im Markenrecht vorsehen, gegen Art. 7 Abs. 1 Markenrechtsrichtlinie (EuGH, Slg. 1998, 4799, 4832; GRUR Int. 1998, 695, 697 - Silhouette; EuGH GRUR Int. 1999, 870 - Sabega). Wenn gleich nach der Rechtsprechung des EuGH der spezifische Gegenstand der Marke (vgl. dazu etwa: EuGH Slg. 1990, 3711, 3758 = GRUR Int. 1990, 960, 961 f. - HAG II; Slg. 1996, 3457, 3532 = GRUR Int. 1996, 1144, 1148 - Bristol-Myers Squib) von dem spezifischen Gegenstand des Patents (vgl. dazu oben) zu unterscheiden ist, spricht auch der Wechsel von der internationalen zur nurmehr EU-weiten Erschöpfung im Markenrecht dagegen, im deutschen Patentrecht den Grundsatz der internationalen Erschöpfung zur Geltung zu bringen.

III. Das Berufungsgericht hat angenommen, daß es sich bei der Erschöpfung um eine Einwendung handle, deren Voraussetzungen derjenige zu beweisen habe, der sich darauf berufe. Diesen Beweis habe die Beklagte aber nicht angetreten. Demgegenüber entspricht es nach Meinung der Revision zwar der Rechtsprechung des erkennenden Senats, daß derjenige, der die Erschöpfung eines Patents geltend mache, hierfür die volle Darlegungs- und Beweislast zu tragen habe. Dies ändere jedoch nichts daran, daß auch ihm nach den allgemeinen Grundsätzen die Beweiserleichterungen des Anscheinsbeweises zugute kämen. Eine Anwendung dieser Regeln führe zu dem Ergebnis, daß die Beklagte den Anscheinsbeweis der Erschöpfung geführt habe, wäh-

rend die Klägerin den ihr obliegenden Gegenbeweis nicht erbracht habe. Zudem müsse im Interesse der vollen Wirksamkeit der gemeinschaftlichen Bestimmungen über den freien Warenverkehr (Art. 28 ff. EG-Vertrag) bezüglich der Erschöpfung des Patents eine Beweislastumkehr greifen.

1. Es ist nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Erschöpfung des Patentrechts der Klägerin dadurch, daß das von der Beklagten vertriebene Pflanzenschutzmittel ursprünglich von der Klägerin in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft (oder in einem dem EWR angehörenden Staat) in Verkehr gebracht worden ist, der Beklagten als Benutzerin des Klagepatents auferlegt hat.

a) Nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen stellt die Erschöpfung eine Ausnahme gegenüber den Ausschließlichkeitsrechten des Patentinhabers dar, für deren Voraussetzungen grundsätzlich derjenige darlegungs- und beweispflichtig ist, der sich auf die Erschöpfung beruft (Sen.Urt. v. 3.6.1976 - X ZR 57/73, GRUR 1976, 579, 581 - Tylosin; OLG Düsseldorf, Mitt. 1978, 588, 589 - Inlandsvertreter; Hesse, GRUR 1972, 675, 681; vgl. auch österr. OGH, ÖBl. 1999, 208, 210 - Kanalreinigungsfahrzeug).

Daran hat sich im neuen Recht auch im Hinblick darauf nichts geändert, daß im Tatbestand des § 9 Satz 2 PatG 1981 nunmehr - unter Aufzählung der einzelnen Benutzungsarten - ausdrücklich vorgesehen ist, daß es jedem Dritten verboten ist, das Patent "ohne die Zustimmung des Patentinhabers" zu benutzen, während § 6 PatG 1968 ein solches zusätzliches Merkmal nicht enthalten hat. Denn mit der Neufassung von § 9 PatG 1981 hat der Gesetzgeber keine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast für den Zustimmungstatbestand zu

Lasten des Patentinhabers beabsichtigt. Entsprechendes kann deshalb auch nicht für den Erschöpfungstatbestand gefolgert werden.

Die Änderung von § 6 PatG 1968 in § 9 PatG 1981 diene der Anpassung des nationalen Rechts an die Bestimmung des Art. 29 des Gemeinschaftspatentübereinkommens vom 15. Dezember 1975 (GPÜ 1975) (BR-Drucks. 216/78, 24). Art. 29 GPÜ 1975 sollte durch seine Formulierung klarstellen, daß das Gemeinschaftspatent in erster Linie ein Ausschlußrecht ist, also das Recht beinhaltet, Dritten zu verbieten, den Gegenstand des Patents ohne Zustimmung des Inhabers zu benutzen (BR-Drucks. 216/78, 25 i.V.m. Denkschrift, BR-Drucks. 216/78, 113, 123 = BT-Drucks. 8/2087, 112, 122). Auch § 9 PatG 1981 liegt damit die Vorstellung des Gesetzgebers zugrunde, daß dem Patentinhaber ein Verbotungsrecht an dem Gegenstand der Erfindung zusteht, das nur ausnahmsweise gegenüber dem Dritten nicht besteht, der die Zustimmung des Patentinhabers hat. Deshalb hat der Patentinhaber zwar die Voraussetzungen für das Vorliegen der Benutzung darzulegen und zu beweisen; im Hinblick auf die Zustimmung des Inhabers zur Benutzung obliegt diese Last aber dem wegen Verletzung in Anspruch genommenen Benutzer, wenn dieser eine solche geltend machen will.

b) Entgegen der Ansicht der Revision führen auch die Bestimmungen des EG-Vertrages regelmäßig zu keiner anderen Verteilung der Darlegungs- und Beweislast. Denn die in Art. 28 EG-Vertrag geschützte Warenverkehrsfreiheit wird nicht bereits dadurch beeinträchtigt, daß grundsätzlich der als Patentverletzer in Anspruch genommene Benutzer das Vorliegen einer EG-weiten bzw. EWR-weiten Erschöpfung darzulegen und zu beweisen hat. Eine Beeinträchtigung der in Art. 28 EG-Vertrag geschützten Warenverkehrsfreiheit kann

allerdings im Einzelfall dann in Betracht kommen, wenn die Offenlegung der Bezugsquelle durch den als Verletzer in Anspruch genommenen Benutzer den Patentinhaber in die Lage versetzen würde, diese Bezugsquelle zu verschließen und damit die nationalen Märkte in der Gemeinschaft abzuschotten. In einem solchen Fall können demjenigen, der sich auf Erschöpfung beruft, für diesen Tatbestand Darlegungs- und Beweiserleichterungen zugute kommen. Ein solcher Sachverhalt ist hier jedoch nicht dargetan. Weder ergibt sich aus den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts ein insoweit relevantes Vorbringen der Beklagten, noch zeigt die Revision auf, daß das Berufungsgericht Ausführungen der Beklagten übersehen hat, die in diesem Zusammenhang von Bedeutung sein könnten. Ob darüber hinaus die Unzumutbarkeit entsprechender Ausführungen zu einer abweichenden Verteilung der Darlegungs- und Beweislast führen kann, bedarf im Hinblick auf den Sachvortrag der Beklagten hier keiner Erörterung.

c) Zwar ist davon auszugehen, daß das von der Beklagten vertriebene Pflanzenschutzmittel von der Klägerin oder mit ihrer Zustimmung in Verkehr gebracht worden ist, es sich also bei dem angegriffenen Erzeugnis um ein "Originalprodukt" handelt, wenngleich das Berufungsgericht insoweit keine Feststellungen getroffen hat. Denn in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht hat die Klägerin unstreitig gestellt, daß "die Beklagte ein Identisches Produkt wie das der Klägerin vertreibt". Mit dieser Erklärung, die der Senat frei und selbständig zu prüfen und auszulegen hat, weil es sich um eine prozessuale Willenserklärung handelt (vgl. BGH, Urt. v. 12.3.1991, XI ZR 85/90, NJW 1991, 1683), ist nicht etwa nur - wie die Klägerin in der Revisionsverhandlung vorgetragen hat - zum Ausdruck gebracht worden, daß das angegriffene Pflanzenschutzmittel dem Schutzbereich des Klagepatents unter-

liegt, sondern zugestanden worden, daß es sich bei diesem um ein Originalprodukt handelt (§§ 138 Abs. 3, 288 ZPO). Dafür spricht der Umstand, daß die Frage, ob das angegriffene Erzeugnis die technische Lehre des Klagepatents verwirklicht, zwischen den Parteien nie streitig gewesen ist, diese Behauptung vielmehr der Klage zugrunde gelegen hat und deshalb von der Klägerin auch nicht zugestanden zu werden brauchte. Streitig war hingegen zu Beginn des Rechtsstreits, ob das angegriffene Pflanzenschutzmittel von der Klägerin oder mit ihrer Zustimmung in Verkehr gebracht worden ist. Zudem hat die Klägerin in der Berufungserwiderung ausgeführt, daß sie die Identität unstreitig gestellt habe, um eine gerichtliche Entscheidung über die zentrale Frage der Beweislast für die Erschöpfung zu erlangen. Auch dies ist nur verständlich, wenn die Erklärung der Klägerin vor dem Landgericht so ausgelegt wird, daß damit die Herkunft des angegriffenen Erzeugnisses aus dem Bereich der Klägerin zugestanden werden sollte.

Die Ausführungen der Beklagten vor dem Berufungsgericht geben jedoch nichts dafür her, daß es für sie - die Beklagte - nicht zumutbar gewesen ist, darzulegen und zu beweisen, daß das beanstandete Pflanzenschutzmittel von der Klägerin oder mit ihrer Zustimmung durch einen Dritten innerhalb der Gemeinschaft oder im EWR in Verkehr gebracht worden ist.

Die Beklagte hat vor dem Berufungsgericht vorgetragen, daß das von ihr vertriebene Pflanzenschutzmittel von einem Berechtigten auf dem Gebiet der Gemeinschaft in Verkehr gebracht worden sei. Sie hat nicht behauptet, daß sie nicht wisse, wo und durch wen das Inverkehrbringen erfolgt sei. Für das Revisionsverfahren ist deshalb anzunehmen, daß sie über entsprechende Kenntnisse verfügt hat. Dafür spricht im übrigen auch, daß sie eine in ihrem Auftrag

gefertigte Stellungnahme einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft vorgelegt hat, in der als Prüfungsergebnis festgestellt wird, daß die der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft vorgelegten Bescheinigungen und Unterlagen eine lückenlose Beweiskette bis zu einem von der Klägerin autorisierten Händler für eine Lieferung des angegriffenen Pflanzenschutzmittels aufweisen.

Obwohl der Beklagten demnach die näheren Umstände des Inverkehrbringens bekannt gewesen sind, hat sie diese in den Vorinstanzen nicht offengelegt. Sie hat aber auch keine Gründe dafür vorgetragen, daß ihr ein solches Vorbringen nicht zumutbar gewesen wäre. Sie hat insbesondere nicht dargelegt, daß die Offenlegung ihrer Bezugsquelle die Klägerin in die Lage versetzen würde, die Beklagte von ihren bisherigen Bezugsquellen abzuschneiden und die nationalen Märkte in der EU abzuschotten. Sie hat keine Ausführungen zum Vertriebssystem der Klägerin gemacht und auch nicht behauptet, das beanstandete Pflanzenschutzmittel in Ausnutzung eines Vertragsbruchs eines Vertragshändlers oder in Ausnutzung eines Schleichbezugs durch einen Vorlieferanten erhalten zu haben. Eine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast für den Erschöpfungseinwand war daher nicht veranlaßt.

d) Die von der Revision angeregte Vorlage an den EuGH gem. Art. 234 Abs. 1 EG-Vertrag (vormals Art. 177 Abs. 3 EG-Vertrag) ist gleichfalls nicht geboten. Aus den genannten Gründen besteht für Fälle der vorliegenden Art kein ernsthafter Zweifel daran, daß es mit Art. 28 EGV vereinbar ist, die Darlegungs- und Beweislast für die patentrechtliche Erschöpfung grundsätzlich dem Benutzer aufzuerlegen, weil er sich gegenüber dem Ausschließlichkeitsrecht des Patentinhabers auf einen Tatbestand beruft, aus dem er eine ihm günstige Rechtsfolge ableitet. Dem Urteil des Berufungsgerichts ist zudem nicht zu ent-

nehmen, daß es das Vorbringen der Beklagten in der Vorinstanz aus gemeinschaftsrechtlichen Gründen rechtfertigen könnte, die Darlegungs- und Beweislast aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls umzukehren.

2. Auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe verkannt, daß die Beklagte den Anscheinsbeweis für das Vorliegen einer Erschöpfung geführt habe, greift nicht durch.

Zwar ist es auch beim Erschöpfungseinwand nicht von vornherein ausgeschlossen, daß der Benutzer den Beweis des ersten Anscheins führt. Nach ständiger Rechtsprechung kommt der Anscheinsbeweis aber nur dann in Betracht, wenn sich unter Berücksichtigung aller unstreitigen und festgestellten Einzelumstände und besonderen Merkmale des Sachverhalts ein für die zu beweisende Tatsache nach der Lebenserfahrung typischer Geschehensablauf ergibt (BGHZ 100, 31, 33; BGH, Urt. v. 19.3.1996 - VI ZR 380/94, NJW 1996, 1828). Individuelle Verhaltensweisen sind hingegen dem Beweis des ersten Anscheins grundsätzlich nicht zugänglich (BGH, Urt. v. 4.5.1988 - IVa ZR 278/86, NJW 1988, 2040).

Für den Vertriebsweg, den ein Erzeugnis nach Verlassen der Produktionsstätte genommen hat, gibt es im allgemeinen keinen typischen Geschehensablauf, weil Erwerb und Veräußerung von individuellen Willensentschlüssen abhängig sind. Deshalb ist allein dem - vom Berufungsgericht offengelassenen und deshalb zugunsten der Revision zu unterstellenden - Umstand, daß es sich bei dem von der Beklagten vertriebenen Pflanzenschutzmittel um Ware handelt, die von der Klägerin oder mit deren Zustimmung überhaupt in Verkehr gebracht worden ist, sowie der weiteren Begebenheit, daß die Beklagte das

Pflanzenschutzmittel von einer Vorlieferantin mit Sitz in Frankreich erworben hat, nicht der Beweis des ersten Anscheins zu entnehmen, daß die Ware von der Beklagten oder mit ihrer Zustimmung gerade in der Gemeinschaft oder in EWR und nicht außerhalb derselben in Verkehr gebracht worden ist. Das sieht auch die Revision nicht anders. Zu Unrecht meint sie jedoch, aus weiteren, von der Beklagten vorgetragenen Umständen ergebe sich ein typischer Geschehensablauf.

Das gilt zunächst für das Vorbringen der Beklagten, mindestens einer der drei Gesellschafter der französischen Vorlieferantin S., das Unternehmen A. in B., sei Vertragshändlerin der Klägerin und die Klägerin vertreibe ihre Erzeugnisse in Frankreich über eine französische Tochtergesellschaft, die So. S.A.. Allein der Umstand, daß die Klägerin ihre Produkte in Frankreich über eine Tochtergesellschaft vertreibt, läßt nicht darauf schließen, daß die beanstandeten Pflanzenschutzmittel aus deren Beständen stammen. Es gibt auch keinen Erfahrungssatz des Inhalts, daß die Lieferungen einer Gesellschaft von einem ihrer Gesellschafter stammen, wenn dieser Vertragshändler für die gelieferte Ware ist, und es sich bei der gelieferten Ware um Originalware handelt. Im Gegenteil hätte es aus Sicht der Beklagten eher nahegelegen, das Pflanzenschutzmittel statt von ihrer tatsächlichen Vorlieferantin S. unmittelbar von der Vertragshändlerin der Klägerin, der Firma A., zu beziehen, weil der Direktbezug gegenüber der Zwischenschaltung einer zusätzlichen Handelsstufe im allgemeinen preislich günstiger ist. Auch der Umstand, daß die Klägerin gegen zwei Unternehmen, die mit der Vorlieferantin der Beklagten verbunden sind, in Frankreich Verfahren auf Unterlassung des Vertriebs des Pflanzenschutzmittels eingeleitet hat, gibt nichts dafür her, daß es sich dabei um von der Klägerin oder mit ihrer Zustimmung in einem Mitglied-

staat der Europäischen Gemeinschaft in Verkehr gebrachte Ware gehandelt hat. Gleiches gilt für den Fall, daß Vorlieferantin der S. die L. & Co. Ltd. von der Insel J. sein sollte, und diese, im Rahmen eines von der Klägerin eingeleiteten Verletzungsverfahrens behauptet haben sollte, das Pflanzenschutzmittel in Großbritannien erworben zu haben. Denn nur aus zwischen den Parteien unstreitigen oder gerichtlich festgestellten Umständen, nicht aber aus der bloßen Behauptung eines Dritten, läßt sich ein Anscheinsbeweis herleiten. Schließlich ergeben sich auch aus der von der Beklagten vor dem Berufungsgericht vorgelegten Stellungnahme der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Sch., E. & Y. keine Anhaltspunkte dafür, daß die Pflanzenschutzmittel mit Zustimmung der Beklagten in Verkehr gelangt sind. In der Stellungnahme wird weder ein entsprechender Sachverhalt nachvollziehbar dargelegt, noch hat die Beklagte die in der Stellungnahme aufgeführten Beweismittel vorgelegt bzw. benannt. Zu Recht hat das Berufungsgericht daher die Darlegungs- und Beweisführung der Beklagten auch insoweit für unzureichend erachtet.

IV. Daher ist die Revision zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Rogge

Jestaedt

Melullis

Scharen

Keukenschrijver